

**Essai d'une théorie générale
des jugements d'avant dire droit
en matière civile et commerciale**

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE PAR

CAMILLE RICOU

Chargé de cours à l'École supérieure du Commerce et de l'Industrie

Avocat à la Cour

Jury { MM. Le Professeur DEMONTÈS, *Président*.
Le Professeur GABRILLAC. } *Assesseurs*.
Le Professeur DIJOL. }

MONTPELLIER

IMPRIMERIE DE LA CHARITÉ

(Pierre-Rouge)

1945

RICOU (Camille). —

Essai d'une théorie générale des jugements d'avant dire droit en matière civile et commerciale. — *Montpellier, Impr. de la Charité, 1945, 77 p., in-8°.*
(Thèse Droit, Montpellier, 1945.)

RICOU (Camille). —

Essai d'une théorie générale des jugements d'avant dire droit en matière civile et commerciale. — *Montpellier, Impr. de la Charité, 1945, 77 p., in-8°.*
(Thèse Droit, Montpellier, 1945.)

RICOU (Camille). —

Essai d'une théorie générale des jugements d'avant dire droit en matière civile et commerciale. — *Montpellier, Impr. de la Charité, 1945, 77 p., in-8°.*
(Thèse Droit, Montpellier, 1945.)

RICOU (Camille). —

Essai d'une théorie générale des jugements d'avant dire droit en matière civile et commerciale. — *Montpellier, Impr. de la Charité, 1945, 77 p., in-8°.*
(Thèse Droit, Montpellier, 1945.)

**Essai d'une théorie générale des jugements d'avant dire droit
en matière civile et commerciale**

**Essai d'une théorie générale
des jugements d'avant dire droit
en matière civile et commerciale**

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE PAR

CAMILLE RICOU

Chargé de cours à l'École supérieure du Commerce et de l'Industrie
Avocat à la Cour

Jury { MM. Le Professeur DEMONTÈS, *Président.*
Le Professeur GABRILLAC. } *Assesseurs.*
Le Professeur DIJOL. }

MONTPELLIER

IMPRIMERIE DE LA CHARITÉ
(Pierre-Rouge)

1945



A MONSIEUR GRANAT

Avocat à la Cour
Bâtonnier de l'Ordre des Avocats
Ancien Président de la Cour d'Appel de Montpellier

A MONSIEUR ZUCARELLI

Avocat à la Cour
Ancien Maire de Montpellier

A MONSIEUR CHAZOT

Avoué près le Tribunal Civil
Ancien Maire de Montpellier

*qui prirent le soin de m'initier à la
pratique de la procédure.*

A MON MAITRE ET PRÉSIDENT DE THÈSE

MONSIEUR LE PROFESSEUR DEMONTÈS

Professeur de Droit Commercial
à la Faculté de Droit de Montpellier

A MONSIEUR LE PROFESSEUR GABRILLAC

Professeur de Procédure Civile
à la Faculté de Droit de Montpellier

A MONSIEUR LE PROFESSEUR DIJOL

Chargé de Cours de Droit Civil
à la Faculté de Droit de Montpellier
Avoué à la Cour d'Appel

AVERTISSEMENT

Les articles indiqués uniquement par leur numéro, sans référence à aucun code, sont, ceux du code de procédure civile.

Essai d'une théorie générale des jugements d'avant dire droit en matière civile et commerciale

INTRODUCTION

L'année 1942 fut marquée par une triple réforme de procédure : l'interrogatoire des parties, l'appel des jugements, l'exécution provisoire. La deuxième de ces réformes inspira le sujet de ce petit livre.

En effet, la loi du 23 mai 1942 sur l'appel des décisions judiciaires remaniait l'ensemble de la procédure de l'appel et, plus particulièrement, transformait complètement la teneur des articles 451, 452 et 453 concernant l'appel des jugements d'avant dire droit, l'idée vint tout naturellement de rechercher quant aux dits jugements, le sens et la portée de la réforme.

Mais les recherches sur la notion de jugement d'avant dire droit ayant découvert, non pas l'absence de travaux sur la matière (tous les ouvrages généraux en traitent, mais d'une manière éparse et insuffisante ; également de nombreux articles s'arrêtent à tels ou tels aspects de la question) mais la nécessité d'un travail d'ensemble, l'on pensa alors à ne pas restreindre le sujet à l'unique question de l'appel mais d'embrasser toute la notion de jugement d'avant dire droit.

Il est bien inutile de justifier longuement ce travail : Au sens étymologique, le mot procédure implique l'idée de marche à suivre (*procedere* : s'avancer). Pothier, dans une formule célèbre qui résume toute la marche d'un procès, définit la procédure « la forme suivant laquelle on doit intenter les demandes en justice civile, y défendre, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les faire exécuter ».

En effet, de tout temps l'on a imposé aux justiciables l'observance de formes précises pour obtenir justice. C'est là une impérieuse nécessité pour éviter, ou remédier, autant que possible, aux erreurs, à l'arbitraire, à la partialité, pour favoriser la recherche de la vérité et épargner les frais.

L'écueil est de tomber dans le formalisme rituel, de perdre de vue l'esprit des formes prescrites pour s'embarrasser de détails, de délais, et de nullités ne pouvant qu'alourdir la marche de l'instance et rendre la justice coûteuse. Ne négliger aucune formalité utile, et inversement, ne rien prescrire d'inutile : voilà tout le secret d'une bonne procédure.

Il n'est plus soutenu que la procédure est uniquement affaire de technique et s'apprend par l'usage dans un greffe ou une étude d'avoué. Comme toutes lois, celles de la procédure ont besoin d'interprétation. S'il faut préciser le sens obscur d'un texte ou suppléer à ses lacunes, seule la doctrine peut éclairer dans cette voie la pratique des avoués et des tribunaux. L'étude théorique est nécessaire au procédurier pour lui permettre d'agir avec discernement et en toute sécurité, en dehors de là ce ne sont que préjugés, erreurs, tâtonnements, routine, formulaire et calendrier.

Cette étude comprendra trois parties :

- la première sera consacrée à la recherche de la nature juridique des jugements d'avant dire droit,
- la seconde à la marche de l'instance,
- la troisième aux voies de recours.

Sauf quelques minuscules particularités, qui seront d'ailleurs signalées, on laissera délibérément de côté les questions par où les jugements d'avant dire droit ne diffèrent point des autres catégories de jugement ; ce seront par exemple la procédure d'assignation, les formes de l'acte, le délibéré des magistrats, l'exécution des décisions ; pour toutes les questions de ce genre il suffira de se rapporter aux règles normales.

PREMIÈRE PARTIE

Généralités et nature juridique des jugements. d'avant dire droit.

Avant d'aborder l'étude proprement dite de la nature juridique du jugement d'avant dire droit, il convient, pour la clarté des explications, d'en délimiter le domaine et d'en établir la classification. Ces trois parties seront l'ordre même de notre développement.

CHAPITRE PREMIER

DOMAINE DU JUGEMENT D'AVANT DIRE DROIT.

Un procès est un conflit entre deux patrimoines, une situation humaine complexe à débrouiller. Le rôle de l'instruction est de débayer le terrain, de rechercher et de préciser la ou les questions à trancher pour mettre fin au litige.

Mais, de l'assignation au jugement clôturant les débats, une série de décisions, qui toutes portent le nom de jugement, peuvent intervenir. Le jugement n'est donc pas uniquement la décision du juge mettant fin au procès, mais dans un sens large, toute décision rendue par le tribunal au cours de l'instance (1).

(1) En ce sens : Chauveau sur Carré, *Lois de la Proc. Civ.*, t. I, p. 565 ; — Rousseau et Laisney, *Dict. Proc. Civ.*, V^o, *Jugement* ; — Glasson, *Précis de Proc. Civ.*, t. I, p. 342.

La notion de jugement ainsi conçue est susceptible de différentes classifications : jugements par défaut et jugements contradictoires, jugements en premier ressort et jugements en dernier ressort, jugements ordinaires et jugements d'expédients, jugements définitifs et jugements d'avant dire ou d'avant faire droit. C'est à cette dernière classification que nous nous attachons.

D'abord pour la clarté de l'exposé, rappelons que le jugement définitif n'est pas un jugement irrévocable. L'usage du Palais et des gens de justice tend trop souvent à les confondre. Un jugement irrévocable est celui qui n'est plus susceptible de voie de recours, soit parce que les parties les ont épuisées, soit par écoulement des délais d'appel et d'opposition, soit par application des règles du ressort. Un jugement définitif est plus simplement celui qui termine la contestation, quant au tribunal qui l'a rendu ; le juge, dès qu'il a prononcé sa décision, ne peut plus connaître de l'espèce qui lui était soumise.

Ceci posé, quel est le domaine exact des décisions d'avant dire droit ; où les rencontrerons-nous ? Puisqu'elles s'opposent aux décisions définitives, il convient de délimiter exactement le domaine respectif des unes et des autres.

Deux conceptions s'affrontent : une conception étroite et classique, une conception moderne, utilitaire, pratique et très large.

SECTION I. — Conception classique.

Dans la conception étroite et classique, représentée surtout par BIOCHE, ROUSSEAU et LAINEZ, on distingue trois sortes de jugement : le jugement sur le fond, le jugement sur incident, le jugement d'avant dire droit (1).

Le jugement sur le fond est celui qui tranche la demande principale ou l'un de ses chefs, autrement dit un jugement mettant fin au litige, quant au tribunal qui prononce et sauf les voies de recours, qui peuvent saisir une autre juridiction. Par exemple, je demande le divorce ; la décision qui prononcera le divorce ou qui rejettera ma demande sera une décision définitive au fond ; le procès ne sera

(1) En ce sens : Rousseau et Laisney, *Dict. de Proc. Civ.*, t. 5, Jugement N° 8 et suivants. — Bioche, *Dict. Proc. civ. et com.* Jugement N° 16 et suivants. — Dalloz, *Nouveau code de Proc. civ. annotée*, art. 452, N° 1 à 58.

pas pour cela même achevé, puisqu'en cas d'appel le procès continuera devant la Cour.

Le jugement sur incident serait un jugement statuant sur une question litigieuse adventice et ne touchant pas au fond du procès, par exemple les exceptions d'incompétence ou de connexité, les demandes de récusation, les exceptions de nullité d'un acte de procédure, etc. Je réclame ma créance à Paul. Ce dernier oppose la prescription. Le jugement, qui statuera sur l'existence ou la non existence de la prescription, est une décision sur incident. Un pareil jugement, lui aussi, est définitif et met fin, quant au tribunal qui l'a rendu, au litige portant sur le bien fondé de l'exception et de l'exception seulement. Mais il ne termine pas le procès, l'exception étant écartée, il faudra défendre au fond.

Les jugements d'avant-dire droit seraient les décisions provisoires et préalables, véritables actes d'administration judiciaire ne mettant fin à aucun litige et ne dessaisissant pas le juge. Voici comment les choses se passeraient : pour statuer, le juge examine si l'affaire est ou n'est pas suffisamment éclaircie. Si elle est éclaircie, le juge n'a qu'à se prononcer et c'est la décision au fond. Si au contraire la vérité n'est pas à découvert, le juge ordonnera des mesures propres à la dégager et c'est la décision d'avant dire droit.

Elle a uniquement pour but, écrit GLASSON (1), soit de protéger une partie contre un danger dont le procès la menace, soit d'ordonner une mesure d'instruction.

Nous reviendrons sur cette définition en temps utile. Pour l'instant retenons seulement que le jugement d'avant dire droit s'oppose aux jugements sur le fond et aux jugements sur incident par le défaut de dessaisissement.

Ainsi les jugements définitifs comprendraient les jugements sur le fond et les jugements sur incident. En effet, si le jugement sur incident résoud, préalablement au jugement sur le fond, des questions de fait, de droit ou de procédure, soulevées par le procès, il est certain que ces jugements sont définitifs, tout comme les jugements sur le fond. Par exemple : l'arrêt qui renvoie l'interprétation d'un jugement au tribunal qui l'a rendu, le jugement qui statue sur la qualité des parties, le jugement sur lequel un juge se déclare compétent ou incompétent sont définitifs en ce sens que le juge ne peut pas les rétracter. C'est ce qu'on lit dans l'arrêt de la Chambre Civile

(1) *Précis*, t. I, p. 343.

du 27 juin 1929 (1) : « Attendu qu'un jugement est définitif non seulement lorsqu'il termine au fond la contestation entière, soit un ou plusieurs points litigieux, mais encore lorsqu'il statue définitivement sur des incidents, des exceptions ou des fins de non recevoir ; qu'ainsi sont définitifs les jugements sur la compétence... »

En résumé, dans la conception classique, le jugement définitif d'une part, est tout jugement, terminant non le procès, mais la contestation d'une façon absolue et dessaisissant le juge ; le jugement d'avant dire droit, d'autre part, comprend toutes les décisions précédant la solution soit d'un incident, soit de la demande principale, et ayant pour but ainsi que l'écrit GLASSON (2) soit de protéger une partie contre un danger dont le procès la menace, soit d'ordonner une mesure d'instruction.

SECTION II. — Conception large.

S'opposant à la conception classique, une conception large et pratique de la notion de jugement d'avant dire droit s'est fait jour (3).

On cherche à soumettre à un régime uniforme toutes les décisions rendues au cours d'un procès et ne tranchant pas la demande principale ou l'un de ses chefs. D'après cette conception, les jugements définitifs comprendraient uniquement les jugements sur le fond et les jugements d'avant dire droit toutes les autres décisions rendues au cours d'un même procès. Ainsi il y aurait simplement translation des jugements sur incident du domaine des jugements définitifs dans le domaine des jugements d'avant dire droit.

Cette conception est fortement assise sur un argument de bon sens et des arguments de texte.

D'abord le bon sens. Outre l'intérêt évident de simplicité et de lutte contre la routine qu'il y a à ranger dans une même classification, pour les opposer au jugement tranchant le litige principal, toutes les autres décisions rendues au cours d'un procès, il faut convenir que ces derniers jugements, qu'ils soient préalables, provisoires ou sur incident, ont tous un trait commun, c'est de ne pas avoir d'existence autonome, de jalonner la marche de l'instance principale

(1) S. 1929 - 1 - 344.

(2) *Précis*, t. I, p. 343.

(3) En ce sens : Garsonnet et César Bru, *Traité de Proc. Civ. et Com.*, t. 3, N° 622 et 625.

et de n'avoir d'autorité ni de valeur qu'à son endroit. Ainsi, un juge ne peut se déclarer incompétent que parce qu'il a été saisi d'une demande principale, et c'est au sujet de cette demande qu'il se déclare incompétent.

Maintenant venons aux textes. Les articles 147 et 451 al. 2 (anciens) du code de procédure civile, l'art. 438 du code de commerce, l'art. 14 al. 3 de la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix parlent tous de jugements définitifs alors qu'il s'agit uniquement de jugements sur le fond. Ne faut-il pas en conclure que le rédacteur du Code et celui de la loi de 1838 ont entendu assimiler jugement sur le fond et jugement définitif, excluant par là même de cette dernière catégorie les jugements sur incident et les rejetant ainsi vers les décisions d'avant dire droit ?

Le législateur moderne dans la loi du 23 mai 1942 semble avoir renforcé cette position dans les articles 451 et 473 nouveaux. L'art. 451, nouveau, porte que tout jugement d'avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif. Une première remarque s'impose, le législateur oppose nettement deux séries de jugements : les jugements d'avant dire droit et les jugements définitifs. Ensuite, comme précédemment, quand le législateur veut dire jugement sur le fond, il dit jugement définitif ; est-ce confusion de termes, est-ce assimilation volontaire ? Toujours est-il que cela renforce la position de ceux qui défendent la notion large de l'avant dire droit.

Enfin l'art. 473 nouveau intervient. L'ancien art. 473 al. 1 autorisait l'évocation en cas d'appel d'un « jugement interlocutoire ». L'alinéa 2 autorisait la même évocation pour les « jugements définitifs ». On entendait par là, unanimement, les jugements définitifs sur incident, car les jugements sur le fond ne pouvaient pas être visés par le texte. En effet, en cas d'appel d'un jugement sur le fond, l'art. 473 ne jouait pas et n'avait pas à jouer, l'effet dévolutif de l'appel suffisait à saisir le juge de l'ensemble du procès sans faire intervenir la notion d'évocation. Or le nouvel art. 473 remplace l'expression « jugement interlocutoire » par celle de jugement « avant dire droit » et l'expression « jugements définitifs » par celle de « jugement sur le fond ».

Que penser de ces modifications ? dans l'art. 473 al. 2 il est question, cette fois, et sans doute possible, du droit d'évocation inclus dans l'effet dévolutif de l'appel d'un jugement sur le fond. S'il y a appel d'un jugement sur incident, cet al. 2 ne pourra pas s'appliquer, puisque le texte prévoit formellement son application en cas d'appel

des jugements sur le fond. L'appel des jugements sur incident sera donc réglé par l'art. 473 al. 1 dont la formule « jugement d'avant dire droit » comprend ainsi dès lors et nécessairement les jugements sur incident.

Cependant, quelle que soit l'intention fort louable de simplification, le désir de réduire le maquis de la procédure et les arguments de logique et de textes invoqués, nous ne sommes pas sûrs que le législateur du Code de Procédure civile, ni celui de la loi du 23 mai 1942 aient entendu rompre avec la notion classique du jugement d'avant dire droit.

Il est indéniable, et cela a été signalé par la généralité des auteurs, que le législateur du Code de Procédure Civile a simplement réédifié et amélioré l'ordonnance de Louis XIV de 1667. Non seulement l'esprit, mais jusqu'aux expressions de cette ordonnance ont été conservés ; dès lors comment conclure, en dehors d'un texte clair et précis, que le législateur de 1807 ait voulu rompre avec la classification traditionnelle. Nous préférons penser que des erreurs de terminologie ont amené les rédactions vicieuses signalées.

La substitution par le législateur moderne de l'expression « jugement d'avant dire droit » à l'expression « jugement interlocutoire » dans l'art. 473 al. 1 peut s'expliquer par le simple désir de faire disparaître, dans ses effets sur l'appel, la distinction entre jugements préparatoire, provisoire et interlocutoire par adoption d'une expression susceptible de les englober tous.

La substitution dans l'alinéa 2 du même article de l'expression « jugement sur le fond » à jugement définitif peut s'expliquer, elle aussi, par une autre raison que l'intention du législateur de se rallier à la conception large de la décision d'avant dire droit. M. VIZIOZ (1), prétend qu'elle n'a d'autre but que de tarir les controverses qu'avait soulevé le pouvoir d'évocation quand le juge d'appel infirmait ou annulait un jugement sur le fond. Nous pouvons regretter que la nouvelle rédaction de l'art. 473 ne soit pas plus claire et plus précise, cela aurait l'avantage de faire connaître la volonté du législateur.

Nous disons, enfin, que la conception moderne manque d'homogénéité et d'harmonie. En effet, dans la conception classique la catégorie des jugements d'avant dire droit se subdivisait elle-même en trois groupes (que nous étudierons plus loin) : jugements prépara-

(1) J. C. P. 1943 - I - 307.

toires, jugements provisoires et jugements interlocutoires, qui avaient le caractère commun de ne pas dessaisir le juge.

Dans la conception large, la même catégorie de jugements avant dire droit comprendra deux groupes : des jugements définitifs sur incident entraînant le dessaisissement du juge, et les anciens jugements d'avant dire droit (provisoire, préparatoire, interlocutoire) qui continueront à ne pas le dessaisir. Ces deux groupes de jugements n'auront entre eux aucun point commun, si ce n'est d'être rendus au cours d'une même instance principale. Mais cela ne peut suffire à établir une classification, puisque des jugements sur le fond, mais tranchant seulement l'un des chefs de la demande principale, peuvent eux aussi être rendus en cours d'instance et tomberaient par cela même dans la classe des jugements d'avant dire droit.

Enfin il faut noter que les jugements sur incident et les jugements d'avant dire droit sont d'essence si différente que le tribunal saisi d'une question incidente peut, par des jugements d'avant dire droit, ordonner des mesures qui lui permettront de statuer ensuite sur l'incident. Par exemple, une question de compétence se posant devant le tribunal, il pourrait ordonner avant dire droit enquête ou expertise à l'effet d'établir exactement quel est le domicile du défendeur.

Au terme de ce parallèle entre les deux conceptions du jugement d'avant dire droit, n'hésitons pas à nous rallier à la conception classique et définissons les jugements avant dire droit : *des décisions rendues au cours d'un procès, sans dessaisir le juge, sans mettre fin à aucun litige ayant uniquement en vue de permettre aux parties d'arriver sans encombre à l'issue du procès et de faire avancer l'instance.*

CHAPITRE II

CLASSIFICATION DES JUGEMENTS D'AVANT DIRE DROIT

La notion de jugement d'avant dire droit étant fixée, il conviendrait d'en rechercher la nature juridique. Mais, auparavant, il est nécessaire de les classer, vu le nombre considérable de ces jugements (très rares en effet sont les instances qui ne comportent au moins une enquête ou une expertise, souvent trois ou quatre décisions d'avant dire droit peuvent intervenir avant la fin d'un procès). Ils se répartissent traditionnellement en trois classes distinctes, présentant chacun des caractères propres : les jugements provisoires, préparatoires et interlocutoires.

Section I. — Jugements provisoires.

Le code de procédure ne définit pas le jugement provisoire bien qu'il le nomme ou y fasse allusion dans certains articles 134, 404, 451 ancien al. 2, 878. Mais nous trouvons dans GLASSON (1) une définition : « Le jugement provisoire est celui par lequel le juge ordonne une mesure, non pour s'éclairer sur les prétentions des parties, mais pour sauvegarder des intérêts menacés par l'effet même du procès, et de manière à éviter un préjudice à l'un des plaideurs. » Sous réserve d'y comprendre les décisions par lesquelles le juge accorde à l'une des parties une provision alimentaire pour soutenir le procès dans les demandes en séparation de corps et en divorce, nous adoptons cette définition.

Ces jugements interviennent chaque fois que le juge, prévoyant

(1) *Précis*, t. I, p. 343.

que la contestation pourra être longue, que sa durée pourrait produire des inconvénients, ordonne des mesures de sauvegarde.

PIGEAU (1) distingue cinq cas principaux de décisions provisoires :

1^o Lorsque l'affaire exige célérité, telle l'attribution d'une provision à la victime d'un accident, tout au moins quand la responsabilité n'est pas contestée, telle la mise sous séquestre d'un bien réclamé au possesseur qui le dilapide et le dégrade.

2^o et 3^o Lorsque l'une des parties a un titre en sa faveur, ou ce qui revient au même à la chose en sa possession. — Cette possession est comme un titre et on peut la lui laisser par provision à moins qu'il ne s'en montre indigne par défaut d'entretien, dégradation ou autrement.

Le quatrième cas est celui où les juges statuent provisoirement lorsqu'il y a danger de laisser la chose entre les mains de celui qui le réclame : un insolvable jouit des biens d'une succession ; un tiers lui conteste la qualité d'héritier. Si on laissait à cet insolvable la jouissance pendant le procès, il pourrait arriver qu'il consommât les fruits et ne fût pas en état d'en rendre la valeur s'il venait à être rejeté de la succession. Le juge peut donc décider que cette chose sera remise provisoirement à l'autre partie, ou la mettre sous séquestre.

Enfin, cinquième cas, lorsqu'il y a un obstacle de la part des parties et que l'on peut lever sans préjudicier à l'intérêt commun. Une partie se prétendant héritier veut assister à la levée des scellés et à l'inventaire. On lui conteste son droit d'héritier, le procès peut être long à juger et pendant ce temps les biens pourraient périr. On peut ordonner que par provision et sans préjudice des droits des parties le prétendant assistera à l'inventaire.

En réalité le domaine du jugement provisoire déborde très largement les cas analysés et définis par PIGEAU. Il n'est pas possible de prévoir et d'enfermer dans des cadres rigoureux toutes les circonstances possibles où les intérêts des parties sont menacés par l'effet même du procès.

Le développement de la vie économique fait naître journellement des cas nouveaux qui brisent toute classification. Le juge doit se décider uniquement par une question d'opportunité, c'est d'ailleurs ce qu'il fait pour adjuger provisoirement la possession d'un immeuble

(1) Pigeau, *La procédure civile des tribunaux de France*. Partie III, du jugement, tit. III ; chap. I, sect. I.

en litige, pour la nomination d'un séquestre, l'allocation à la victime d'un accident d'une provision alimentaire, la nomination d'un administrateur provisoire à la personne et aux biens du défendeur à une demande d'interdiction, d'un curateur à une succession vacante en cas de réclamation d'un légataire. Mais, le domaine d'élection du jugement provisoire est celui du divorce et de la séparation de corps, le juge intervient pour statuer sur la garde des enfants et le droit de visite des parents, sur l'allocation d'une pension alimentaire, sur la nécessité d'une provision pour faire face aux frais du procès.

Ces jugements sont tous avant dire droit puisqu'ils ne touchent pas au fond du litige et ne dessaisissent pas le juge.

En quoi par exemple l'attribution d'une provision *ad litem* pourrait-elle influencer sur la demande principale ? De pareils jugements se bornent à ordonner des mesures qui permettront d'attendre sans encombre l'issue du procès. Mais ils sont provisoires en ce qu'ils ne règlent les choses que pour un temps tout à fait indéterminé ; à toute minute le juge peut modifier ou révoquer les mesures (on pourrait dire d'ordre et de stabilité) qu'il avait ordonnées. Fréquemment, par exemple, il arrive qu'un tribunal modifie au cours d'une instance en divorce la pension alimentaire allouée à la femme, ou le droit de garde des enfants.

Cependant, tout temporaire qu'elle est, une décision provisoire peut amener un préjudice quelquefois irréparable pour l'une des parties. Par exemple, l'envoi en possession provisoire d'un immeuble litigieux peut, si elle n'est pas entourée de sérieuses garanties, entraîner pour l'adversaire de celui qui n'est pas en possession de très gros risques de dilapidation, de détérioration, de mauvaise exploitation et gestion, surtout si le possesseur provisoire sent qu'il sera évincé. Les dommages intérêts qui pourront être alloués en réparation du préjudice causé sont toujours, même quand ils sont payés, un bien piètre dédommagement.

Section II. — Jugements préparatoires.

Le Code de procédure définissait dans son article 452 les jugements préparatoires des « jugements rendus pour l'instruction de la cause, et qui tendent à mettre le procès en état de recevoir jugement définitif ». Avec la loi du 23 mai 1942 cette définition a disparu du code, mais cela n'a point pour effet de supprimer de notre droit les jugements préparatoires, ils font partie intégrante et nécessaire de la

nomenclature traditionnelle de notre procédure ; le code d'ailleurs continue à les nommer ou à y faire des allusions dans maints articles.

Au regard de cette définition nous avons donc affaire à de pures mesures d'instruction qui en aucune façon ne doivent préjuger le fond. C'est le cas de deux commerçants en relations d'affaires : l'un réclame une somme, l'autre prétend ne rien devoir, le Tribunal ordonne une expertise ou une représentation des livres de commerce. C'est également le cas d'un jugement qui ordonne, tous moyens et dépens réservés, une expertise à l'effet de vérifier l'état et la valeur des travaux dont le prix est réclamé. Mais de pareils jugements ne doivent jamais laisser prévoir en faveur de quel plaideur le Tribunal se prononcera après l'exécution de la mesure ordonnée. S'ils le laissaient entrevoir, ces décisions passeraient immédiatement de la catégorie des jugements préparatoires à celle des jugements interlocutoires que nous étudierons bientôt.

La différence entre le jugement préparatoire et le jugement provisoire est très sensible. Ce dernier jugement peut comporter une condamnation temporaire, indépendante du fond certes, mais une condamnation tout de même, par exemple à verser telle somme à titre de pension alimentaire à la victime d'un accident, ou bien à remettre à telle personne la garde de tel enfant... etc... D'autre part, le jugement provisoire ne se rattache sous aucun rapport à l'instruction de la cause, il ne la facilite ni ne l'active, il a simplement pour objet des mesures d'ordre nécessaires pour atteindre sans danger la fin du procès. Le jugement préparatoire, lui, se confine à préparer la découverte de la vérité et rien de plus.

Mais les jugements préparatoires, eux aussi, comme les jugements provisoires et comme tous jugements d'avant dire droit ne sont pas définitifs. Les tribunaux qui les ont rendus peuvent les réformer ou les rétracter. Ils sont essentiellement révocables et le juge peut, nonobstant la mesure ordonnée, passer outre à la continuation des débats. Il peut aussi modifier la forme ordonnée pour cette mesure ou la remplacer par une autre, etc... Mais même au cas où la mesure lui serait rapportée conformément à sa décision, le Tribunal pourrait n'en tenir aucun compte et se décider en considération d'autres moyens.

Il peut par exemple condamner une partie, même si les résultats d'une expertise ordonnée avant dire droit lui étaient favorables.

Section III. — Jugements interlocutoires.

L'article 452 définissait le jugement interlocutoire mais depuis la loi du 23 mai 1942, ainsi qu'on vient de le voir pour le jugement préparatoire, cette définition a disparu de notre code de procédure. Néanmoins, ces jugements n'ont pas disparu de notre droit, nombre d'articles continuent à les nommer, et tous les jours les tribunaux rendent des décisions interlocutoires au sens de l'ancien article 452, parce qu'ils « ordonnent avant dire droit, une preuve, une vérification, une instruction qui préjuge le fond ».

Dès la définition, nous pouvons mesurer ce qui sépare le jugement préparatoire du jugement interlocutoire. Ces deux jugements ont pour trait commun de faire avancer l'instance, car qu'est-ce qu'ordonner une preuve, une vérification, une instruction, si ce n'est préparer la manifestation de la vérité. Sur ce sujet, on peut donc répéter à propos de l'interlocutoire tout ce qui a été dit sur le jugement préparatoire.

Mais, alors que le jugement préparatoire est uniquement une mesure d'instruction et ne peut être autre chose, par définition, l'interlocutoire ajoute à ce caractère d'instruction celui de préjuger le fond.

Qu'est-ce que préjuger le fond ?

Un jugement ordonne une preuve (enquête ou vérification d'écriture par exemple), dans quel cas cette décision sera-t-elle préparatoire, dans quel cas au contraire sera-t-elle interlocutoire ? La mesure ordonnée étant la même dans les deux cas, quand pourra-t-on dire que le fond a été préjugé ? Préjuger, c'est donner son avis avant le jugement sur le principal. Il faut donc examiner si, soit dans les motifs, soit dans le dispositif du jugement d'avant dire droit, le juge ne laisse pas pressentir l'appréciation qu'il a conçue de la demande principale.

Mais le caractère préparatoire ou interlocutoire d'un jugement ne se distingue pas toujours nettement à la lecture. Une nomination d'expert préjuge ou ne préjuge pas le fond suivant la manière dont elle est présentée dans le jugement qui l'ordonne. Ainsi ce ne sera qu'un jugement préparatoire s'il se borne à prescrire une expertise en termes généraux, car il ne préjuge rien dans un sens ni dans l'autre, mais ce sera un jugement interlocutoire s'il montre, en précisant les points sur lesquels porteront l'expertise, que le

tribunal leur attache une importance particulière et que le jugement définitif dépend des réponses qui seront faites.

Un critérium est extrêmement difficile, quasi impossible à donner, il faut dans chaque espèce consulter les vrais motifs qui ont dicté le jugement et rechercher qu'elle a été l'intention du juge.

D'ailleurs la nécessité de séparer le jugement interlocutoire du jugement préparatoire n'offre plus qu'un intérêt doctrinal, la nécessité pratique de les distinguer a beaucoup perdu de son importance. En effet, jusqu'au 23 mai 1942, l'appel du jugement préparatoire n'était possible qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel de ce jugement, tandis que la décision interlocutoire était susceptible d'appel immédiatement. Il y avait alors grand intérêt à pouvoir distinguer avec certitude ces jugements, mais la loi du 23 mai 1942 a rendu possible en toute matière l'appel immédiat des jugements avant dire droit. Il ne reste plus d'intérêt pratique à distinguer le préparatoire de l'interlocutoire que la péremption d'instance de l'article 15 (1) et ce que nous verrons des voies de recours extraordinaires. Cette péremption, établie en vue d'accélérer les procédures devant les justices de paix, ne s'applique qu'au cas où le juge de paix ayant rendu un jugement interlocutoire, il n'est pas intervenu de jugement définitif sur la cause dans les quatre mois du jour de l'interlocutoire.

Mais quoique préjugant le fond l'interlocutoire demeure un jugement d'avant dire droit en ce sens que le juge n'est jamais lié. Préjugé ne veut pas dire qu'une fois l'interlocutoire rendu la décision des juges est fixée et que le jugement à intervenir sur la question principale n'interviendra que pour confirmer la sentence qui l'a précédé. Evidemment non — le préjugé est purement hypothétique et conditionnel, il n'a rien de positif, de précis, de définitif, écrit BOISTARD. Le tribunal ne fait qu'émettre une opinion, que laisser entendre que si telle preuve lui était rapportée tel jugement serait rendu. La chose jugée ne s'attache pas aux opinions

(1) Article 15, *C. proc. civ.* : « Dans le cas où un interlocutoire aurait été ordonné, la cause sera jugée définitivement, au plus tard, dans le délai de quatre mois du jour du jugement interlocutoire : après ce délai, l'instance sera périmée de droit ; le jugement qui serait rendu sur le fond sera sujet à l'appel, même dans les matières dont le juge de paix connaît en dernier ressort, et sera annulé, sur la réquisition de la partie intéressée.

« Si l'instance est périmée par la faute du juge, il sera passible de dommages et intérêts. »

des juges mais seulement à leurs jugements. Le tribunal tant qu'il n'a pas jugé peut changer d'avis. Il serait paradoxal étant donné notre conception même de la justice, qui se traduit par la formule « en âme et en conscience » que, revenu d'une première impression, le tribunal fut forcé de rendre un jugement que sa conscience réprouve.

CHAPITRE III

NATURE JURIDIQUE DES JUGEMENTS D'AVANT DIRE DROIT.

Section I. — Le jugement d'avant dire droit n'est pas un jugement mais un acte qui relève de « l'imperium » du magistrat.

Le jugement avant dire droit c'est, à la seule lecture de cette expression, une décision rendue avant que le droit soit dit. Mais qu'est-ce que dire le droit si ce n'est, par excellence et uniquement juger ? La juridiction contentieuse est simple, c'est le pouvoir de « terminer les litiges », écrit Marcel PLANIOL. L'expression « jugement avant dire droit » est donc en elle-même incompréhensible, il y a antinomie entre les mots « jugement » et « avant dire droit ». Un jugement doit dire le droit et si une décision de l'autorité judiciaire ne dit pas le droit, ce n'est pas un jugement.

C'est par abus de langage qu'on a voulu, dans un sens très large, que tout ce qui sort de la bouche du juge soit un jugement ; la réalité est autre. « Les tribunaux ne sont pas seulement des « organes qualifiés pour dire le droit, sans doute c'est l'essentiel « de leur mission, mais ils ne jugent pas seulement, ils ordonnent. « La fonction du Magistrat comporte une certaine part d'imperium. « Les arrêts ne disent pas seulement que telle partie est en tort, « ils la condamnent à un versement, à un fait, à une abstention, « ils ordonnent, ils défendent, au besoin sous astreinte ; ils envoient « en possession, rétablissent en possession, prononçant des injonctions, des interdictions. Qu'est-ce à dire, sinon que les tribunaux « ne sont pas seulement des collèges d'experts en droit ou arbitres, « mais bien des institutions, participant de la puissance publique,

« détenant une part de l'autorité exécutive et pouvant imprimer
« à leurs décisions cet impérium qu'ils ont hérité du magistrat
« romain ? ... (1) ».

En effet, la formule exécutoire, juxtaposée par le Greffier au nom du Chef de l'Etat, aux décisions de justice, n'est qu'une satisfaction platonique au principe de la séparation des pouvoirs. La décision de justice porte en elle-même sa force exécutoire. L'article 1.020 décide que « le jugement arbitral sera rendu exécutoire par une ordonnance du Président du Tribunal... ». Comment un Président serait-il apte à infuser la force exécutoire à une sentence émanant d'un tiers, non Magistrat, si le Tribunal dans son ensemble n'était pas qualifié pour conférer la même force à ses propres décisions. D'autre part, certaines décisions de justice, ordonnance de référé, article 811, et sentence de paix, article 12 de la loi du 25 mai 1938, sont exécutoires sur minutes, sans l'apposition de la formule.

En vain dirait-on qu'en jugeant, puis en faisant exécuter, le pouvoir judiciaire empiète sur les attributions du pouvoir exécutif. Si l'exécution, les décisions judiciaires relevaient uniquement de l'Exécutif, il serait loisible à ce pouvoir, par un refus d'exécuter, de rendre d'un seul coup purement théorique la décision judiciaire et nul le pouvoir législatif lui-même par une sorte de veto. De quoi servirait la promulgation et la publication des lois si l'Exécutif pouvait se refuser d'en exécuter les applications ?

Ainsi donc, tout jugement comporte intrinsèquement et nécessairement deux parties, une partie de juridictio, une partie d'imperium, et d'ores et déjà nous pouvons dire qu'en supprimant la partie de juridictio, il ne reste que l'ordre donné en vertu de l'imperium. Un jugement avant dire droit étant par définition sans juridictio, émanerait donc uniquement de l'impérium du magistrat.

Pour arriver à ce résultat nous sommes partis du sens littéral de l'expression « jugement avant dire droit ». Mais si nous analysons maintenant le plus important des effets des jugements, l'autorité de chose jugée, nous devons forcément arriver à la même conclusion.

(1) Extrait de la thèse d'Henry Baudin : « Essai sur la relativité de la force exécutoire des décisions de justice », Dijon, 1931.

Section II.

Le jugement d'avant dire droit n'a pas l'autorité de la chose jugée.

Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Il n'existe sur ce sujet, en matière civile, qu'un texte de portée générale l'article 1.351 du Code civil, qui en détermine les éléments. Bien d'autres textes, épars, soit dans le Code civil (art. 800, 1.262, 2.052, 2.056, 2.157, 2.215), soit dans le Code de Procédure civile (art. 174, 362, 469, 478) n'en règlent que des applications particulières, par exemple en matière d'héritage sous bénéfice d'inventaire, de transaction, de radiation d'hypothèque, de désaveu, de péremption d'instance, etc... Mais si nous nous reportons à l'ordonnance de 1667, titre xxvi, article 5, nous trouvons une définition : « Les sentences et jugements qui doivent passer en force de chose, jugée, sont ceux rendus en dernier ressort, et dont il n'y a appel, ou dont l'appel n'est pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps, ou que l'appel ait été déclaré péri. » Il semblerait naturel et logique, en l'absence d'une nouvelle définition émanant du législateur, qu'il faille s'en tenir au contenu du texte de 1667 et considérer le jugement ayant force de chose jugée comme une décision qui n'est plus susceptible de voies de recours ordinaires.

Mais la pensée juridique moderne a approfondi l'étude de la chose jugée et distingue : « l'autorité de chose jugée » de la « force de chose jugée ».

Les auteurs et MOREL en particulier, prétendent que « la force de chose jugée » n'appartient qu'aux jugements qui ne sont plus susceptibles de recours ordinaires, alors que l'autorité de chose jugée serait acquise à tout jugement dès son prononcé.

Ainsi, entre le moment où la décision est rendue et le moment où elle devient irrévocable et acquiert force de chose jugée, le jugement n'aurait qu'une autorité précaire, temporaire et provisoire, mais une autorité tout de même, marquant qu'un stade a été franchi dans le procès, qu'un juge s'estimant suffisamment éclairé a fait acte de « juridictio », a dit le droit définitivement quant à lui.

Cette manière de voir s'appuie sur deux raisons :

Premièrement, les pouvoirs du juge sont expirés quand il s'est prononcé et, à partir de ce moment, sa décision lui échappe com-

plètement ; sauf erreur matérielle, toute modification ultérieure au dispositif est contraire à la chose jugée.

Deuxièmement, la décision est immédiatement exécutoire nonobstant les délais d'opposition et d'appel. Ces délais ne sont pas, en effet, suspensifs de l'exécution ; c'est l'acte d'opposition ou d'appel lui-même qui arrêtera l'exécution.

Qu'on n'objecte pas qu'accorder l'autorité de chose jugée à des décisions susceptibles d'appel ou d'opposition c'est reconnaître une vérité en quelque sorte conditionnelle subordonnée à un événement ultérieur. Si, en effet, le recours est exercé ou il sera rejeté, et la chose jugée, la vérité, présumée dans une idée d'ordre social, demeurera intacte et passera en force de chose jugée, ou le recours triomphera et mettra à néant le jugement qui sera alors considéré comme n'ayant jamais existé. D'autre part, la décision contradictoire en dernier ressort n'est pas une vérité plus stable en droit qu'une décision en premier ressort, elle peut encore être attaquée par les voies de recours extraordinaire qui, s'ils ne peuvent suspendre son exécution, peuvent néanmoins la casser et anéantir à ce moment toute leur autorité. Si donc l'on ne voulait pas reconnaître aux jugements en premier ressort autorisé de chose jugée, il faudrait par identité de motif ne l'accorder qu'aux jugements n'étant plus susceptibles d'aucun recours ordinaire ou extraordinaire et représentant une vérité irréfragable.

La chose jugée ainsi entendue ne peut pas, manifestement, s'appliquer aux décisions d'avant dire droit. D'une part, ainsi que nous l'avons vu, le tribunal peut toujours modifier ou rétracter sa décision d'avant dire droit, il n'a pas encore épuisé ses pouvoirs, au contraire, il ne fait que préparer l'instance, qu'arranger les choses de façon à pouvoir exercer son pouvoir de juger en connaissance de cause. Ainsi le rejet d'une demande de provision à un certain moment de l'instance n'empêche pas cette demande d'être renouvelée et d'être admise au cours de la même affaire (1).

De même les décisions ne statuant que provisoirement quant à présent, et se bornant à rejeter pour le moment, une demande en reddition de compte, n'ont pas force de chose jugée ; en effet, elles ne préjugent rien sur la question de savoir si le compte est dû (2).

(1) Cass., 17 août 1853, S. 54 1.777 ; D. 54, 1.382, Pandectes chose jugée N° 152.

(2) Pandectes, Chose jugée N° 154.

Il faut signaler en particulier les décisions relatives à la garde des enfants ; l'intérêt de ceux-ci étant le seul guide en la matière, il faut pouvoir revenir sur ces décisions aussi souvent que le plus grand avantage des enfants paraît l'exiger (1).

Il en est de même des pensions alimentaires dont l'objet est essentiellement contingent et transitoire (2).

Enfin, si l'on considère le fondement même de l'autorité de la chose jugée qui est une idée de stabilité sociale, il faut reconnaître que pour le jugement d'avant dire droit, cette nécessité de stabilité ne joue pas. L'intérêt général est certes intéressé, comme l'intérêt privé d'ailleurs, à mettre un terme au procès, à fixer un moment où bonnes ou mauvaises, les décisions des juges deviendront définitives puis irrévocables. Mais, tant que le procès n'est pas achevé, tant que les juges étudient la question, instruisent l'affaire, se renseignent, rendent des provisoires, des préparatoires et des interlocutoires, on ne peut attacher de présomption de vérité à leurs dires qui ne sont encore que des opinions. Il faut que les juges puissent modifier leur sentiment, au fur et à mesure que des éléments nouveaux d'appréciation leur sont fournis ; la chose jugée ne peut donc raisonnablement s'appliquer que lorsque la conscience des juges étant suffisamment éclairée le tribunal a statué sur le fond.

Section III. — Le jugement d'avant dire droit n'est pas un acte d'administration ordinaire.

Les jugements d'avant dire droit émanant de l'impérium du magistrat, n'ayant aucune autorité de chose jugée, étant essentiellement rétractable, ayant pour but soit de faire avancer l'instance, soit de prendre les mesures d'ordre indispensables pour permettre aux parties d'attendre la fin de l'instance, pourraient être considérés comme des actes d'administration ordinaire.

En effet, ce ne sont certainement pas des décisions gracieuses car le juge n'y joue point le rôle de notaire, ni celui de témoin solennel et encore moins celui de collaborateur des parties. Le tribunal agit véritablement en administrateur, se décidant d'après des considé-

(1) D. 85, 1.206 ; D. 57, 1.401 ; D. 85, 1.206 ; Pandectes, Chose jugée N° 158.

(2) Pandectes, Chose jugée N° 161.

rations d'opportunité, à l'aide de renseignements qui lui sont fournis à la barre et sans que les règles d'administration des preuves aient été observées.

Mais l'expression « acte d'administration » évoque immédiatement et en tout juriste, aussi peu averti qu'il soit, l'idée d'actes analogues à ceux qui sont pris journellement par les pouvoirs administratifs. Or, les jugements d'avant dire droit diffèrent radicalement de ces actes d'administration administrative ou ordinaire.

L'acte administratif généralement prévoit, règle, ordonne en vue de l'avenir ; administrer c'est prévoir, dit la sagesse des Nations. L'acte judiciaire, au contraire, généralement regarde le passé, y jette un coup d'œil soit scrutateur (jugement préparatoire ou interlocutoire, permettant de rapporter une preuve), soit stabilisateur (jugement sur le fond tranchant une contestation). Il n'y aurait de doute que pour les jugements provisoires qui semblent regarder non le passé mais le présent, l'état des choses tel qu'il sera durant l'instance. Cependant, à y regarder de plus près, le jugement provisoire ne règle les choses qu'en considération du passé. Il dit faite une pension alimentaire à telle personne, mais c'est pour que cette personne puisse subsister en attendant que la situation litigieuse soit réglée, or cette situation plane toujours dans le passé.

L'acte administratif émane presque toujours d'un agent unique, la décision avant dire droit au contraire est rendue par un collège, sauf la justice de paix et le récent essai du juge unique (1945). C'est une règle bien connue qu'agir est le fait d'un seul, délibérer le fait de plusieurs.

La responsabilité de l'administrateur est, en principe, la conséquence ordinaire de la faute ou de l'erreur qu'il a commise, tandis que le juge n'est responsable que dans les cas limitativement prévus pour la prise à partie.

L'acte administratif peut être spécial, mais il peut être aussi d'une portée générale. La décision judiciaire quelle qu'elle soit est toujours rendue entre les parties en cause et n'est pas opposable aux tiers.

Enfin l'acte administratif est susceptible de trois recours : un recours gracieux près de l'agent lui-même qui peut alors rapporter sa propre décision, un recours hiérarchique porté devant les agents d'un grade supérieur à celui qui a pris la décision incriminée, enfin un recours contentieux. Certes, dans la décision avant dire droit, le Tribunal peut toujours révoquer la mesure qu'il avait ordonnée, mais s'il s'y refuse il n'y a pas de recours hiérarchique possible. Il pourra y avoir appel, mais l'appel est un recours contentieux.

Le magistrat français assis sur son siège délibère en âme et conscience et n'a pas de supérieur ; aucune autorité, pas même la Cour de Cassation, toutes chambres réunies, ne peut lui imposer une décision.

Section IV. — Le jugement d'avant dire droit
est un acte sui generis d'administration judiciaire.

Nous avons vu qu'au regard de l'étymologie et de la définition étroite et précise du mot « jugement », l'expression « jugement avant dire droit est une antinomie ».

Si, au regard de son caractère essentiellement révocable, et de son rôle organisateur de l'instance, nous avons pu penser que c'était un acte d'administration, la comparaison de ces jugements avec les actes du pouvoir administratif nous ont amené à réformer cette manière de voir.

Mais il faut observer que les actes du pouvoir administratif ne sont pas les seuls actes d'administration. Dans nos services publics on est arrivé à concevoir et à réaliser une certaine conception de l'acte d'administration, mais il n'est pas certain que ce soit la seule possible. Dans les grandes sociétés, il y a par exemple des actes d'administration qui sont pris après délibération par les collègues d'administrateurs.

Dans le domaine judiciaire on peut fort bien concevoir un système d'acte d'administration, si l'on préfère d'administration judiciaire, parvenu par une élaboration historique propre à avoir des caractères particuliers, qu'on ne retrouverait pas dans les actes d'autres institutions du pays.

Dans les décisions provisoires, quand le juge accorde une pension d'aliment, cherche à aménager un état de chose qui permettra aux parties d'attendre que le droit soit dit, sans aucun doute il crée une sorte de situation réglementaire fondée sur son impérium, en considération des nécessités immédiates, et en attendant une décision définitive fondée sur le droit.

Dans les décisions préparatoires, il y a autorisation de rapporter une preuve, ou refus de cette autorisation, c'est un acte comparable à celui du juge d'instruction, refusant ou acceptant de faire entendre tel témoin proposé par l'accusé. C'est authentiquement un acte de l'impérium visant à la bonne administration et distribution de la justice.

Ce n'est que pour l'interlocutoire qu'il y aurait quelques difficultés. Il semble un acte à caractère mixte tenant de l'impérium dans la mesure où il ordonne, et de la jurisdictio dans la mesure où il préjuge. Mais nous savons que le préjugé n'est qu'hypothétique et ne lie pas le juge.

Le juge moderne se comporte dans le provisoire, le préparatoire et l'interlocutoire exactement comme le magistrat romain, dans ses interdits, ses « restitutiones in integrum » et ses « missiones in possessionem » ; pas plus que le prêteur, il ne tranche pas le procès, il ordonne et défend sauf le droit des parties. Le mécanisme mental est le même.

Le jugement avant dire droit, se présente donc avec ses caractères propres, comme une institution « sui generis » comportant certes des analogies, soit avec le jugement proprement dit, soit avec l'acte d'administration ordinaire, mais ne pouvant être ramené ni à l'une ni à l'autre de ces catégories.

DEUXIÈME PARTIE

La marche de l'instance des jugements d'avant dire droit.

Après avoir étudié le domaine, la classification et la nature juridique des jugements d'avant dire droit, on peut aborder la deuxième partie indiquée dans l'introduction : la marche de l'instance.

Cette partie sera brève puisqu'elle embrasse toute l'élaboration du jugement avant dire droit, de la demande au prononcé et à l'exécution, parce que les particularités de la matière sont peu nombreuses. Cela s'explique par plusieurs raisons.

Premièrement, les jugements d'avant dire droit n'ont jamais d'instance propre. Ils ne sont rendus qu'au cours d'une instance principale dont ils jalonnent la marche, ainsi une bonne partie de la procédure qui pourrait les concerner se fond dans la marche de cette instance et sont par là même rendues inutiles.

Deuxièmement, pour déroger à la marche normale des instances il faut un texte spécial ; en l'absence d'une volonté expressément manifestée du législateur, les principes généraux doivent s'appliquer. Or précisément les textes réglant la procédure des jugements d'avant dire droit sont très peu nombreux ; les plus importants à signaler sont les trois articles 452, 453 et 473, par conséquent les règles normales s'appliqueront ordinairement et on pourra sans inconvénient se borner à développer les particularités de la procédure, renvoyant pour le reste à la marche ordinaire des instances.

CHAPITRE UNIQUE

LES PARTICULARITÉS DE L'INSTANCE D'UN JUGEMENT D'AVANT DIRE DROIT

Section I. — Introduction de la demande.

En matière de jugement d'avant dire droit, il n'y a pas d'acte introductif d'instance. Cela s'explique aisément par le fait que ces jugements n'ont de raison d'être que par rapport à une demande principale. Pourquoi m'accorderait-on de prouver l'inconduite de ma femme si ce n'était pour me permettre d'obtenir une décision de divorce ou de séparation de corps préalablement sollicitée ?

Du moment qu'un procès a été régulièrement engagé, qu'une demande a été formulée par voie d'assignation, les demandes provisoires, les demandes d'enquête, les offres en preuve ne sont plus faites que par simples conclusions prises à l'audience. Agir autrement et tolérer des demandes préparatoires par voie principale serait violer la prohibition traditionnelle de toute mesure d'instruction « in futurum ». Cela n'est permis que dans des cas limitativement prévus et par voie de référé, vue l'urgence, pour obtenir une expertise et fixer par exemple les traces fugitives d'un accident.

Section II. — Exception au principe de la passivité du juge.

Les décisions d'avant dire droit peuvent même être rendues sans qu'il y ait aucune demande des parties et sur la seule initiative du tribunal.

L'article 254 permet au juge d'ordonner d'office une enquête ; l'article 322, une expertise ; l'article 295, une descente sur les lieux ;

l'article 119, la comparution personnelle des parties ; dans le code civil, les articles 1366 et 1367 permettent d'ordonner, également d'office, le serment supplétoire.

La doctrine ni la jurisprudence n'élèvent aucune objection à condition que le juge se tienne dans les limites des faits allégués par les parties. En effet, si le juge est tenu de juger sous peine de déni de justice, il doit lui être loisible de pouvoir ordonner certaines mesures d'instruction utiles pour former son intime conviction.

C'est là une exception à la neutralité, plus exactement à la passivité du juge français. Normalement c'est aux parties, ou à leurs représentants qu'il appartient de conduire l'instance et de faire, ou de demander toutes les mesures utiles à la marche du procès.

Section III. — Les demandes provisoires sont jugées sommairement.

L'article 404 dispense formellement les demandes provisoires, parce qu'elles requièrent célérité, de suivre la marche lente de la procédure ordinaire.

Ainsi les demandes de mise sous séquestre, ou de mise en réparation d'un immeuble litigieux, ainsi que la demande de pension d'une femme qui veut soutenir une action en divorce contre son mari, doivent être évacuées très rapidement, même durant les vacations et avec le moins d'écriture possible ; si une enquête doit être ordonnée on n'y procédera pas devant un juge commis mais devant le tribunal tout entier et elle ne sera consignée par écrit que si la cause est appellable ; toutes ces simplifications ont pour but de réduire les frais au minimum, en même temps que d'amener une mise en train du procès principal aussi rapide que possible.

Section IV. — Exception à l'obligation de motiver les jugements.

Depuis le droit intermédiaire, il est devenu essentiel à la bonne administration de la justice de motiver les décisions, c'est-à-dire que, le juge doit répondre à tous les chefs des dispositifs des parties, en donnant les raisons de droit et de fait qui ont déterminé sa conviction. Cette obligation a deux effets essentiels : d'abord d'obliger le juge à appliquer son attention au jugement qu'il va rendre, ensuite de permettre le contrôle éventuel de la Cour de Cassation.

Mais les jugements préparatoires et interlocutoires ne sont pas soumis à l'obligation d'être motivés. En effet, il est évident que le juge, n'ayant pas les éléments nécessaires à la formation de son intime conviction, cherche à les réunir en ordonnant les mesures d'instruction qui lui semblent appropriées. Cette nécessité justifie à elle seule toutes les décisions d'avant dire droit, tous autres motifs peuvent être considérés comme superflus.

On trouve d'ailleurs cette exception clairement confirmée dans un arrêt de la Chambre Civile du 25 janvier 1843 (1) : « Attendu que... le jugement attaqué ne peut être considéré, par sa contexture, par ses énonciations, par son objet, et par les suites qui lui ont été données, que comme un jugement de simple instruction destiné à préparer le jugement définitif et pour lequel, par conséquent, ces motifs n'étaient pas nécessaires ».

Section V. — Exception à l'obligation de signifier tout jugement.

La connaissance qu'une personne peut avoir par des moyens quelconques d'un jugement rendu contre elle, même si elle avait assisté au prononcé du jugement, ne dispense pas de la nécessité de le lui faire connaître par exploit d'huissier. Tant que cette signification n'a pas eu lieu l'acte est inexistant à l'égard de cette partie (article 147).

Il y a cependant exception formelle à cette règle pour les jugements d'avant dire droit rendus par le juge de paix et par le conseil des prud'hommes en présence des parties.

L'article 28 porte textuellement que dans ce cas « prononciation vaudra citation ». Le législateur a voulu là comme dans tous les cas de simplification de procédure devant ces petites juridictions, épargner les frais et par là même en faciliter l'accès aux plaideurs.

(1) D. 1843 - 1 - 227.

TROISIÈME PARTIE

Les voies de recours contre le jugement d'avant dire droit.

La troisième et dernière partie de ce travail est consacrée à l'étude des voies de recours, c'est-à-dire, ainsi que l'écrit M. MOREL dans son traité élémentaire, des « moyens par lesquels les parties à un procès, et même parfois des tiers, attaquent un jugement ou un arrêt qui leur porte préjudice, en vue d'obtenir une solution qui leur soit favorable ».

Il y a en France cinq voies de recours contre les jugements, et cinq seulement : l'opposition, l'appel, la tierce opposition, la requête civile et le pourvoi en cassation. Le Code classe bien la prise à partie dans les voies de recours, ce qui en porterait le nombre à six, mais la prise à partie, bien que pouvant amener dans certains cas, la réformation du jugement, n'est pas une voie de recours contre les jugements, car elle n'est pas dirigée contre le jugement lui-même mais contre un magistrat, ce n'est qu'un procédé indirect de réformation.

Le code de procédure civile, en consacrant tout le livre IV à l'étude « des voies extraordinaires, pour attaquer les jugements », semble, par cela même, les opposer à un autre groupe de voies de recours : les recours ordinaires.

Les auteurs, à leur tour, ont adopté la classification légale et distingué les voies de recours ordinaires, qui sont l'opposition et l'appel, ouvert à tous les plaideurs, sauf texte exprès, et, en principe, suspensif d'exécution ; et les voies de recours extraordinaires, qui sont la tierce opposition, la requête civile, et le pourvoi en cassation, présentant les caractères inverses de ceux du premier groupe : limi-

tativement accordés aux plaideurs dans des cas précis, ne comportant jamais d'effet suspensif d'exécution.

Nous adopterons cette classification et nous étudierons en deux chapitre les voies de recours ordinaires et les voies de recours extraordinaires contre les jugements d'avant dire droit.

CHAPITRE PREMIER

LES RECOURS ORDINAIRES CONTRE LES JUGEMENTS D'AVANT DIRE DROIT.

Section I. — L'opposition.

Les règles ordinaires de l'opposition s'appliquent intégralement aux jugements d'avant dire droit et il suffira de les rappeler ici dans leurs grandes lignes.

Quand l'assigné n'a pas accepté le débat en ne constituant pas avoué, ou en ne se présentant pas à l'audience s'il s'agit des tribunaux d'exception, ou enfin quand le demandeur lui-même a abandonné sa demande, un jugement de défaut est rendu par le Tribunal.

Mais, le défaillant n'ayant pas pu faire connaître ses moyens de défense, une voie de rétractation, c'est-à-dire qui ramènera l'affaire devant le même Tribunal, lui sera ouverte : l'opposition.

Le défaillant aura connaissance du jugement par la signification qui lui en sera faite par huissier commis (art. 156).

Dans les délais impartis d'un mois pour le Tribunal Civil avec signification du jugement à personne, 15 jours en cas d'accident du travail, 5 jours pour les sentences de paix et les décisions de prud'homme, il fera opposition par acte extra-judiciaire soit d'avoué à

avoué, soit par acte d'huissier et même par déclaration à l'huissier au moment de l'exécution s'il s'agit d'un jugement du tribunal civil qui n'a pas été signifié à personne (art. 158 et 159).

L'opposition n'anéantit pas le jugement qu'il frappe, mais il en paralyse l'exécution, encore que dans certains cas la loi ou le juge déclare-t-il le jugement exécutable par provision et nonobstant opposition.

D'autre part, l'opposition rouvre les débats devant le tribunal et donne, en quelque sorte, à l'opposant, le droit de faire examiner une deuxième fois son affaire par la même juridiction.

Toutes ces règles s'appliquent parfaitement aux jugements d'avant dire droit. Nous ne voyons en matière d'opposition que deux particularités à signaler : un grand nombre de mesures provisoires (nomination d'expert, nomination de séquestre, apposition de scellés, révision de la garde des enfants et du chiffre de la pension alimentaire) s'obtiennent en référé chaque fois qu'il y a urgence, c'est-à-dire qu'un retard entraînerait un préjudice irréparable. Ce sont là des décisions d'avant dire droit, puisque c'est une condition des référés que le fond du procès soit toujours réservé, mais qui ne souffrent pas d'opposition car l'article 809 la prohibe formellement. Si l'une des parties se trouvait mécontente de l'ordonnance elle devrait en interjeter appel. Ainsi de très nombreuses décisions avant dire droit se trouvent par le truchement des référés soustraites à la règle de l'opposition.

Il en est de même quand, conformément à l'article 82 C, le juge chargé de suivre la procédure aura ordonné des mesures d'information, soit à la demande des parties soit même d'office. Ces mesures d'information qui peuvent être de toute nature, soit enquête, soit comparution personnelle des parties, sont des décisions (1) avant dire droit préparatoires, mais insusceptibles comme les précédentes d'opposition (art. 82 c. *in fine*).

(1) Le texte de l'article 82c est conçu en termes généraux : « Le juge... pourra... ordonner toute mesure d'information ; et la jurisprudence n'y apporte pas de limite. » Cass. req. 9.6.1938. G.P. 1939-2-324 ; Cass. req. 5.2.1940, G.P. 1940-1-248. — Certes, la pratique n'utilise pas beaucoup ces ordonnances du juge commis, mais il suffirait d'une circulaire du garde des sceaux pour les généraliser.

Section II. — L'Appel.

A) **Définition et généralités.** — L'appel n'est autre chose que l'application du double degré de juridiction par lequel la partie qui s'estime lésée peut faire juger une deuxième fois son procès ou une certaine partie de son procès par un autre tribunal.

La plupart des auteurs et toute la jurisprudence parle de juridiction du premier degré et de juridiction supérieure ou du deuxième degré, pour désigner respectivement le tribunal qui a connu du procès en premier lieu et du tribunal qui en a connu en appel.

En effet, malgré le principe d'égalité des tribunaux français, qu'on retrouvera plus loin à propos du droit d'évocation, la Cour d'Appel est supérieure au tribunal de première instance en ce sens qu'elle rend des « arrêts », c'est-à-dire qu'elle met fin irrévocablement à certaines parties des débats en tranchant souverainement les faits. En ce sens, le tribunal de première instance agissant comme juge d'appel de la justice de paix ou du conseil des prud'hommes, rend des décisions que l'usage appelle « jugements », mais qui sont de véritables « arrêts » puisque décidant souverainement des questions de fait.

Sous l'ancien régime le droit d'appel répondait à une idée de hiérarchie judiciaire. On pouvait, partant du tribunal du dernier vassal, et remontant de suzerain à suzerain, en arriver jusqu'aux juridictions royales.

Aujourd'hui ce caractère est complètement perdu, l'appel ne répond plus qu'à une idée de meilleure administration de la justice. Il y a, écrit le doyen MOREL, quelque chance pour qu'une affaire soit mieux jugée par une seconde juridiction composée de juges plus âgés et plus expérimentés, moins occupés, plus éloignés des plaideurs, et, par conséquent, mieux soustraits aux influences locales, sans compter que l'appel possible incite les premiers juges à se montrer plus attentifs à la solution des procès.

B) **La réforme du 23 mai 1942.** — A part quelques aménagements en 1935, en vue de simplifier et d'accélérer la procédure, le livre III du Code de Procédure Civile n'avait pas subi de changement notable depuis 1806. La loi du 23 mai 1942 est venue abroger tous les articles 443 à 473 formant le titre unique du livre III du Code de Procédure Civile. Néanmoins, l'essentiel des textes abrogés est passé dans la nouvelle rédaction, souvent avec le même numérotage, de sorte que

le régime de l'appel demeure, dans ses grandes lignes, ce qu'il était sous la législation antérieure.

Les plus fortes retouches concernent l'article 451, les articles 452 et 453, qui réglementent l'appel des jugements d'avant dire droit. Actuellement, en effet, sous réserve de réunir les conditions d'exercice érigées, l'appel est ouvert contre tous les jugements d'avant dire droit (art. 451) (1).

Anciennement, les jugements interlocutoires et les jugements provisoires étaient seuls susceptibles d'appel immédiat ; pour les jugements préparatoires il fallait attendre que le jugement sur le fond soit rendu et alors on interjetait appel du jugement d'avant dire droit en même temps que du jugement au fond (article 451 ancien) ; sauf certains jugements de compétence ou de récusation qui étaient toujours susceptibles d'appel.

La différence de traitement entre provisoire et interlocutoire d'une part, préparatoire d'autre part, s'appuyait sur deux raisons :

Premièrement, l'interlocutoire en préjugant le fond portait préjudice à l'un des plaideurs, alors que le préparatoire n'étant que la manifestation du désir du juge d'être éclairé ne pouvait nuire à personne.

Deuxièmement, l'appel séparé dispersait l'instance et retardait la solution des procès alors que tout l'effort législatif actuel tend vers une réduction du formalisme, une plus grande rapidité, une lutte contre l'esprit de chicane.

Mais l'on finit par s'apercevoir des inconvénients.

La notion de préjuger le fond se révéla fuyante et variable, les mesures d'instruction fournissaient matière à des incidents qui conduisaient les parties jusqu'en cassation et retardaient considérablement le règlement du litige principal ; il ne faut pas oublier que l'on a pu dire que l'appel était la providence des chicanes, et encore : que si les appelants ne sont pas tous de mauvais plaideurs, les mauvais plaideurs sont tous des appelants. Devant la difficulté deux solutions se présentaient :

a) Première solution : interdire l'appel séparé contre tout jugement

(1) Article 451 (Loi du 23 mai 1942) : « En toutes matières, à l'exception de celles pour lesquelles cette voie de recours est interdite par la loi, tout jugement avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif, mais seulement dans les conditions précisées par les deux articles suivants. »

d'instruction réservant leur appel pour être interjeté avec celui du jugement définitif.

La plupart des codes étrangers et notre procédure pénale ont adopté ce système qui concentre la procédure et barre la route à l'utilisation chicanière de l'appel. Mais une mesure d'instruction ou son rejet, peut exercer une influence décisive sur la discussion d'un procès, s'il s'agit par exemple de fixer les traces fugitives d'une blessure ou d'un accident, dans ces cas une réformation rapide est utile, et l'ouverture immédiate de l'appel contre ces jugements s'impose.

*b) Deuxième solution : ouvrir l'appel immédiatement contre tout jugement d'avant dire droit, en simplifiant et en accélérant la procédure, l'on vient de voir que c'est le système adopté par le législateur de 1942.

C) **Conditions d'exercice du droit d'appel.** — Les conditions d'exercice du droit d'appel sont dans la matière des jugements d'avant dire droit comme dans celui des jugements sur le litige principal soumis à des conditions de personne, de jugement, de délai, de forme et à l'absence d'acquiescement.

I. **CONDITIONS DE PERSONNES.** — Comme pour l'appel sur le fond il faut avoir été partie ou représenté à l'instance, avoir intérêt à obtenir la réformation de la décision, et enfin avoir capacité. Il ne convient pas d'insister sur ces conditions ordinaires.

Une seule considération retiendra notre attention, l'intérêt étant la mesure des actions, l'appel d'un jugement avant dire droit comme d'un jugement sur le fond, devra être déclaré irrecevable si l'appelant ne justifie pas d'un intérêt. Les jugements préparatoires étant ordinairement des actes d'administration judiciaire, ne préjudiciant à aucune des parties en cause, pourront pour ce motif être déclarés insusceptibles d'appel. Ainsi, il n'est pas sûr que toute distinction soit bannie, au regard de l'appel, par l'article 451, entre les jugements d'avant dire droit. Il se pourrait que par le truchement de l'intérêt la traditionnelle distinction renaisse.

2. **CONDITIONS DE JUGEMENT.** — Une décision quelconque émanant de l'autorité judiciaire n'est pas susceptible d'appel. Il faut que ce soit un jugement. Ici encore il suffit de se rapporter aux règles normales. Néanmoins il convient de rappeler deux principes :

1^{er} *principe* : la compétence à charge d'appel est la règle, et l'appel doit être admis toutes les fois qu'il n'a pas été écarté par un texte exprès.

Ce principe général a été confirmé par l'article 451 nouveau en ces termes : « En toutes matières, à l'exception de celles pour lesquelles cette voie de recours est interdite par la loi, tout jugement avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif... »

Ainsi donc et sans discussion possible, l'appel des jugements avant dire droit n'est pas recevable en matière d'enregistrement, de faillite (art. 583 C. Com.), d'accident de travail (art. 15 de la loi du 9 avril 1898), de contributions indirectes par exemple, parce que là nous trouvons des textes prohibitifs.

Mais dans le cas des jugements avant dire droit rendus par le juge de paix ou le Conseil de Prud'hommes, l'appel sera-t-il possible ? On a pu dire que la distinction subsistait au regard de ces juridictions entre jugements provisoires et interlocutoires susceptibles d'appel immédiat, et jugements préparatoires, susceptibles seulement d'appel conjoint à l'appel du jugement au fond, pour le motif que l'article 31 subsiste dans le code de Procédure civile, dans sa teneur ancienne (1) ainsi que l'article 74 du livre 4 du code de travail qui se réfère à l'art. 31.

Cette conception semble devoir être rejetée, l'article 451 porte en effet qu'en toutes matières l'appel est possible, à moins d'interdiction de cette voie de recours par la loi.

La loi ne l'interdisant pas, quant aux justices de paix et aux prud'hommes, l'appel immédiat doit être admis dans ce domaine, avec d'autant plus de raison que l'article 453 parle expressément des sentences de juge de paix et de décision des prud'hommes pour fixer l'amende de fol appel.

Si l'article 31 du code de procédure subsiste dans sa teneur ancienne, cela vient non pas tant d'une volonté du législateur que du caractère fragmentaire de la réforme de 1942, qui ne s'est occupée que des textes figurant au titre unique du livre III du code de procédure civile.

(1) Article 31 : « Il n'y aura lieu à l'appel des jugements préparatoires qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel de ce jugement ; mais l'exécution des jugements préparatoires ne portera aucun préjudice aux droits des parties sur l'appel, sans qu'elles soient obligées de faire à cet égard aucune protestation ni réserve.

« L'appel des jugements interlocutoires est permis avant que le jugement définitif ait été rendu. Dans ce cas, il sera donné expédition du jugement interlocutoire. »

2^e principe : il existe un taux de dernier ressort pour écarter l'appel de tous les procès de faible importance.

Le caractère du ressort dépend de la loi et non de la qualification que le juge a donnée à sa décision. L'erreur ou le silence du juge ne peuvent prévaloir contre les règles légales. En conséquence, et depuis toujours, l'appel était ouvert contre les décisions mal qualifiées ou non qualifiées. L'article 453 du code de 1806 consacrait cette solution.

La loi du 23 mai 1942 vient d'apporter une légère modification à la matière. Cette réforme concernant les jugements sur le fond aussi bien que les jugements avant dire droit, on pourrait la laisser de côté, mais la nouveauté de la matière oblige à lui accorder un bref développement.

L'article 454 nouveau fait une distinction : l'alinéa premier parle des jugements qualifiés en dernier ressort, alors que le juge n'était compétent que pour juger en premier ressort. Dans ce cas le droit d'appeler contre tel jugement est maintenu purement et simplement sans aucune transformation des modalités anciennes, sans aucune innovation.

L'alinéa deux du même article met à la disposition du plaideur un moyen rapide pour faire statuer sur la recevabilité de l'appel. L'affaire pourra être portée devant le juge d'appel par simple acte, c'est-à-dire par avenir d'audience, et il devra y être répondu sans délai.

C'est une heureuse réforme qui permet à la partie gagnante devant un jugement non qualifié ou mal qualifié, de déjouer les ruses de l'adversaire qui chercherait à faire traîner le procès pour en retarder l'exécution. L'appel, a-t-on pu dire, est la providence des chicaneurs, et on ne saurait trop, chaque fois qu'on le peut, apporter quelque remède à cette pierre d'achoppement de toute procédure.

D) Conditions de délais. — La question des délais en matière de jugement d'avant dire droit est réglée par les articles 452 et 453 1^{er} alinéa.

452 : « Le délai d'appel sera en ce cas de quinze jours et l'acte d'appel pourra être signifié à domicile élu.

« L'appelant devra, à peine de déchéance, saisir effectivement la juridiction d'appel dans le mois, par simple acte.

« Dans ce même délai, l'avoué de l'appelant devra faire inscrire au greffe la déclaration prévue par l'article 457. »

453, alinéa 1 : « Dans ce cas également, la juridiction d'appel devra statuer au plus tard dans le mois de la date à laquelle elle a été ainsi saisie. Sa décision, si elle est rendue par défaut, sera réputée contradictoire. »

Ces règles sont sommaires, car le législateur s'est contenté d'indiquer les modifications qu'il entendait faire subir aux règles générales de l'appel, lesquelles continuent donc à s'appliquer dans toute la mesure où elles ne sont pas contredites par des articles cités.

a) Délais pendant lesquels l'appel doit être interjeté :

Tout jugement d'avant dire droit pourra être frappé d'appel et le « délai d'appel sera... de quinze jours », précise l'article 452. Plusieurs questions se posent aussitôt : quel est le point de départ de ce délai ? Ce délai est-il franc ? est-il susceptible d'augmentation en raison des distances ? Est-il susceptible de retard et de suspension ? enfin quelle en est la sanction ?

Point de départ. — L'article 452 ne prévoyant pas de point de départ spécial pour le délai relatif au jugement d'avant dire droit, il faut naturellement appliquer les textes généraux et en l'occurrence les articles 445, 446 et 456, et décider que le délai de quinzaine court, pour les jugements contradictoires, du jour de la signification à la personne ou à domicile (domicile réel et non domicile élu), pour les jugements par défaut du jour où l'opposition n'est plus recevable (article 445, 2^e alinéa).

En ce qui concerne les jugements par défaut, une question se pose : doit-on, pour faire appel, attendre l'écoulement des délais d'opposition ?

L'article 456 trouve ici son application. Le défaillant qui seul possède le droit de faire opposition peut y renoncer en interjetant appel sans attendre l'écoulement des délais d'opposition. Les délais étant institués dans l'intérêt unique du défaillant, celui-ci peut toujours y renoncer et se présenter de prime abord devant la juridiction du second degré, en se privant ainsi volontairement d'un premier examen contradictoire de la cause.

Mais la partie qui a comparu ne saurait avoir la même faculté car les délais ne sont pas établis pour le protéger, mais au contraire pour garantir le défaillant de toute surprise. Le comparant ne saurait donc avoir le droit par un appel rapide de priver l'autre partie d'une mesure de protection légale. C'est là une innovation de la loi de 1942 ; jusqu'alors, la voie de l'opposition fermait celle de l'appel, et le projet de 1894 préconisait de renverser simplement la vapeur

en permettant à toute partie l'appel d'un jugement susceptible ou frappé d'opposition. Le législateur moderne tient compte de l'intérêt protégé et on ne saurait que l'approuver.

Dans certains cas, le point de départ du délai peut être retardé par application des articles 446 et 449, puisque rien dans les articles 451, 452 et 453 ne s'oppose à l'application des règles générales contenues dans les articles 446 et 449.

Ce sont : 1^o le cas du jugement rendu contre un mineur en tutelle ; le délai d'appel ne courra que du jour où le jugement aura été signifié tant au tuteur qu'au subrogé tuteur. C'est là une mesure de protection des incapables, très utile, car, la tutelle, quoique très méticuleusement organisée en droit, est souvent d'un usage déplorable dans la pratique.

Le deuxième cas est celui où une partie aurait été condamnée sur une pièce fausse, ou faute d'avoir pu présenter une pièce décisive retenue par son adversaire. Dans ce cas les délais d'appel ne commenceront à courir que du jour où le faux aura été reconnu ou juridiquement constaté, ou que la pièce aura été recouvrée, pourvu que, dans ce dernier cas, il y ait preuve par écrit du jour où la pièce a été recouvrée et non autrement.

Ce délai est-il franc ? L'article 452 ne le dit pas, mais il faut le rapprocher de l'article 444 qui, lui, déclare que le délai pour interjeter appel est franc. Surtout il y a la règle de portée générale de l'article 1033 qui définit le délai franc, celui qui court d'un acte signifié à personne ou à domicile, ce qui est précisément le cas.

Egalement il semble qu'en conformité de l'esprit de la réforme, impliquant la volonté du législateur de ramener tous les délais de procédure à une durée fixe, et de la lettre même de l'article 444, il faille écarter toute augmentation en raison des distances pour la France métropolitaine. Notre code de procédure, écrit à un moment où les communications n'étaient pas rapides, avait besoin d'être remanié et rapproché des nécessités de la vie actuelle. De nos jours et sauf des situations exceptionnelles telle que l'état de guerre par exemple, tous les points du territoire métropolitain peuvent être touchés dans un délai relativement bref et uniforme de 12 à 48 heures, il n'est plus d'aucune utilité d'augmenter les délais en fonction des distances.

Deux articles, le 447 et le 450, prévoient des cas de suspension des délais normaux de l'appel pour le cas du décès de l'une ou de l'autre des parties, et pour le cas d'un changement dans l'état de

l'une des parties. Les articles 451, 452, 453, qui règlent l'appel en matière de jugement avant dire droit, ne portant aucune disposition contraire, la règle générale de tous les appels doit donc s'appliquer. En conséquence, au cas de décès de l'une ou de l'autre des parties, le délai d'appel sera suspendu et ne recommencera à courir qu'après l'expiration de la quinzaine qui suivra une nouvelle signification du jugement. S'il survenait un changement dans l'état de l'une des parties, le délai serait également suspendu et ne recommencerait à courir que huit jours après une nouvelle signification, visant expressément l'application de l'article 450.

Outre ces délais abrégés, les articles 452, alinéas 2 et 3, et 453 alinéa premier, accélèrent la procédure en ce sens, que dans le mois de l'acte d'appel il faudra saisir la juridiction compétente et faire inscrire au greffe la déclaration de l'appel. De plus, la juridiction d'appel devra statuer dans le mois de la date à laquelle elle aura été saisie. Ainsi, dans un délai maximum de deux mois et 15 jours à dater de la signification à personne ou à domicile ou du jour où l'opposition n'est plus recevable, s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'appel d'un jugement avant dire droit doit être évacué.

Enfin, l'écoulement des délais entraîne déchéance de l'appel. L'article 445, qui vaut pour tout appel, sauf dérogation légale, dit expressément : « le délai d'appel emportera déchéance ». C'est-à-dire que n'ayant pas accompli l'acte d'appel dans les délais impartis, on ne peut plus l'accomplir et que l'appel interjeté hors délai, sera déclaré irrecevable. La règle jurisprudentielle, « nul ne se forclot soi-même », qui veut dire que lorsqu'un délai court d'une signification il ne court pas contre les deux parties à la fois, mais uniquement contre celle qui a reçu la signification et jamais contre celui qui a fait signifier, est écartée en la matière par le texte général de l'article 445 qui porte en son alinéa 3 : « Le délai d'appel courra à l'encontre de celui qui aura signifié le jugement du jour de cette signification. »

La règle « nul ne se forclot soi-même », qui n'était pas écrite expressément dans nos lois et qui était même écartée par les articles 257 en matière d'enquête, et 762 en matière d'ordre, venait de la tradition et n'aboutissait souvent qu'à un formalisme inutile favorisant la chicane. Le législateur avec raison l'a écartée de l'appel. Il y aurait intérêt à la supprimer de l'ensemble de notre droit, mais il faudrait une refonte de notre code de procédure et la réforme de 1942 n'a été que fragmentaire.

Enfin, soulignons que tous ces délais ne règlent que l'appel prin-

principal. L'article 445 nouveau, tout comme l'article 445 ancien, porte que l'appel incident ou si l'on préfère l'appel éventuel provoqué par l'appel principal sera recevable en tout état de cause, c'est-à-dire même par conclusion à la barre.

E) Conditions de forme. — L'article 452 apporte dans le domaine des jugements avant dire droit, quelques modifications aux formes générales.

Le contenu formel de l'acte d'appel n'est pas touché, il comprendra donc avec les qualités des parties l'assignation à comparaître et, dans certains cas, les motifs de l'appel, c'est-à-dire les griefs contre le jugement, article 762 en matière d'ordre, article 732 en matière de saisie immobilière.

La première modification touche à la signification de l'acte d'appel qui pourra l'être à domicile élu. En droit commun d'après l'article 457, cette notification doit se faire à personne ou domicile.

En effet, cet exploit, écrit BIGOT-PRÉAMENEU, n'est point un acte de simple procédure qu'il suffise de signifier à un avoué ; c'est un nouveau combat judiciaire que l'appelant engage, et que par conséquent il convient de porter à la connaissance personnelle de la partie intéressée.

Ici, dans un souci certain de rapidité, et aussi parce que ce n'est pas une nouvelle instance qui s'engage, mais qu'on se trouve en face d'un simple incident n'ayant de raison d'être que par rapport à une instance principale, l'acte d'appel pourra être signifié à domicile élu, c'est-à-dire non seulement à personne ou à domicile, mais encore, soit chez l'avoué qui a occupé en première instance, soit tout autre domicile figurant dans un acte de la procédure, et plus particulièrement dans l'exploit de signification du jugement, soit enfin au greffe du tribunal en matière commerciale dans les cas d'application de l'article 422.

En deuxième lieu (article 452, alinéa 2), « l'appelant devra à peine de déchéance, saisir effectivement la juridiction d'appel dans le mois par simple acte. Voilà une exigence bien incertaine dont la sanction très rigoureuse puisque c'est la déchéance du droit d'appeler, est d'ordre public. La juridiction d'appel est juridiquement saisie par l'acte d'appel lui-même et ce ne peut être à cette saisine que se rapporte l'alinéa 2 de l'article 452 dont la rédaction implique qu'un 2^e acte doit être accompli dans le mois de l'acte d'appel.

Mais quel sera ce deuxième acte ? Généralement quand il s'agit d'un appel sur le fond, les choses se passent de la manière suivante :

après notification de l'acte d'appel à l'adversaire et la déclaration de cet appel au greffe, l'affaire est mise au rôle (c'est la formalité du cartel d'inscription), elle est ensuite appelée à son rang devant le juge. En général, les avoués fixent d'un commun accord le jour où l'affaire sera appelée pour plaidoiries. Dans certains cas l'une des parties laisse traîner l'affaire, le plus longtemps possible, en ne se présentant jamais à la barre pour gagner du temps et reculer l'exécution ; il faut alors le contraindre à se présenter et cela se fait par un acte du palais appelé « avenir d'audience », qui oblige l'adversaire à se présenter à quinzaine ; s'il ne se présente pas, l'affaire n'en est pas moins examinée et le jugement rendu réputé contradictoire.

L'article 452, alinéa 2, semble généraliser en matière d'appel de jugement avant dire droit, la procédure de l'avenir d'audience pour éviter au maximum toute perte de temps.

Mais une difficulté peut se présenter : l'avenir d'audience ne peut se pratiquer qu'entre avoués, s'il s'agit d'un appel de prud'homme ou de justice de paix, matière où la présence des avoués n'est pas exigée par la loi, par quel acte saisira-t-on effectivement la juridiction d'appel ? Le législateur, ainsi que le remarque M. VIZIOZ dans son commentaire, aurait « dû préciser l'acte ainsi requis, puisque faute de l'accomplir, dans le délai prescrit, l'appelant encourt la déchéance de son appel ».

M. Pierre HÉBRAUD (1) fait la même remarque que M. VIZIOZ et ajoute (on ne peut mieux faire que de la reproduire textuellement) :

« Nous croyons pourtant devoir signaler la ligne de conduite adoptée, à notre connaissance, dans certaines cours d'appel, par les praticiens, légitimement soucieux de se mettre, à tout événement, en règle avec la loi, et convaincus qu'il vaut mieux pêcher par excès que par insuffisance : aux formalités indiquées ils ajoutent le dépôt au greffe d'un billet énonçant que l'acte d'appel et son inscription, ont été faits. Il est inutile d'insister sur ce qu'a de malencontreux une disposition légale qui aboutit à un aussi vain formalisme. »

F) N'avoir pas acquiescé. — Le droit d'appeler n'est pas d'ordre public quoique touchant à l'organisation judiciaire, la règle du double degré de juridiction a été établie dans l'intérêt des plaideurs. Si donc il leur plaît de renoncer à cette mesure de protection l'ordre public n'est en rien menacé, au contraire, c'est une situation litigieuse qui

(1) D. C. 1943. L. 1.

retrouvera plus rapidement la stabilité par abandon du droit d'appel et l'ordre public loin d'en être troublé y trouve son compte.

Deux procédés s'offrent à une partie qui veut renoncer à exercer la voie de l'appel contre un jugement : elle peut soit laisser simplement s'écouler les délais d'appel, soit acquiescer au jugement par une déclaration expresse ou d'une manière tacite en agissant de telle sorte que son attitude ne puisse s'interpréter que comme une adhésion au jugement, par exemple en l'exécutant volontairement.

En application de cette idée on voyait dans le fait de signifier un jugement sans réserve un acquiescement tacite. C'était interpréter abusivement la volonté de celui qui signifiait et la pratique avait tourné la difficulté en insérant des clauses de réserves qui étaient devenues de style, dans toute signification de jugement.

Le projet de 1894 rappelait déjà que la signification avait pour but de faire courir les délais de recours, non de faire connaître la position de la partie qui fait signifier. L'article 445 nouveau dernier alinéa, dispose que « la signification, même sans réserve, n'emportera pas acquiescement ». Désormais une signification trop hâtive n'entraînera plus la perte du droit d'appel et ne laissera plus au plaideur que la ressource souvent illusoire de se retourner contre son avoué.

En matière de jugement d'avant dire droit, les articles 451, 452, 453, tels qu'ils résultent de la loi de 1942, étant muets sur la question de l'acquiescement, les règles normales que l'on vient de rappeler brièvement s'appliqueront donc tout naturellement, et ici comme sur beaucoup d'autres points le jugement d'avant dire droit ne se distingue pas du jugement sur la question principale.

G) Les effets de l'appel. — Par l'appel, tout ce qu'avaient décidé les premiers juges est remis en question, c'est l'effet dévolutif ; et cette seule remise en question emporte tout naturellement la suspension des effets attachés aux décisions critiquées, c'est l'effet suspensif de l'appel.

Effet dévolutif et effet suspensif sont les deux grands effets de l'appel auxquels se rattachent respectivement la question de l'évocation et celle de l'exécution provisoire. Ils se produisent par la seule vertu de l'acte d'appel, peu importerait que ce dernier soit irrégulier ou tardif a décidé la Cour de Cassation, toutes Chambres réunies, le 12 juin 1909, sur le rapport du Procureur Général BAUDOUIN (1),

(1) .S. 1910 - 1 - 545.

et, en effet, en vertu du principe « nul ne peut se faire justice à soi-même », il est nécessaire qu'un tribunal dise si oui ou non l'appel est régulier ou tardif.

I. L'EFFET DÉVOLUTIF. — Par l'effet dévolutif de l'appel tout ce qui a été décidé par les premiers juges est remis en question, c'est-à-dire que la connaissance du litige est transférée au juge d'appel. Il faut considérer cet effet à l'égard de la juridiction de première instance et à l'égard de la juridiction d'appel.

a) *Effet à l'égard de la juridiction de première instance.* — En principe, dès le jugement rendu le Tribunal est dessaisi, cependant il conserve deux prérogatives : il peut rectifier les erreurs matérielles, par exemple il rectifiera le chiffre d'une rente d'accident de travail s'il s'est trompé dans le calcul. Il peut interpréter son jugement et dire quel sens il a entendu donner à telle disposition ambiguë. L'appel interjeté vient consommer le dessaisissement et les premiers juges ne peuvent plus connaître de leur décision ni pour la rectifier, ni pour l'interpréter, c'est le juge d'appel qui tranchera désormais toutes les questions litigieuses qui pourront être soulevées.

b) *Effet à l'égard de la juridiction d'appel.* — Le juge d'appel, en fait comme en droit, est seul qualifié pour connaître du litige ; cette connaissance est limitée par deux règles et ne se produit :

1) que dans la mesure où le litige a été connu des juges de première instance (*tantum devolutum quantum judicatum*). C'est l'interdiction des demandes nouvelles car alors ces demandes seraient examinées uniquement par la juridiction d'appel et il y aurait ainsi violation de la règle du double degré de juridiction ;

2) que dans la mesure où la décision a été frappée d'appel (*tantum devolutum quantum appellatum*).

L'acte d'appel détermine l'étendue de cette dévolution. Elle est générale si l'acte d'appel est conçu en termes généraux. Le juge d'appel a alors plénitude de juridiction et peut examiner tous les nouveaux documents et tous les nouveaux moyens ; elle est partielle si l'acte d'appel ne critique que certains chefs de la décision.

Si la juridiction d'appel jugeait au delà de ce qui est critiqué il violerait l'autorité de la chose jugée, acquise par les dispositions non critiquées du jugement.

Mais cette double barrière comporte des assouplissements :

1) Il est permis à l'intimé, par l'appel incident, de formuler lui aussi des griefs contre le jugement et d'élargir le contenu de l'appel

dévolutif jusqu'à transférer au juge d'appel la connaissance du litige dans toute son ampleur.

2) Le droit d'évocation permet à la Cour de connaître de l'ensemble d'un procès alors qu'elle n'aurait été saisie que d'une question.

ETUDE SPÉCIALE DU DROIT D'ÉVOCATION. — Tous les effets de l'appel étudiés jusqu'ici concernaient à la fois les jugements sur l'incident, les jugements sur la question principale et les jugements d'avant dire droit.

Avec la matière de l'évocation nous sommes dans le domaine de l'appel des jugements d'avant dire droit.

Ici, les juges de première instance n'ayant pas tranché le débat au fond, l'effet dévolutif ne peut saisir la Cour d'Appel que des points qui ont été examinés en première instance (*tantum devolutum quantum judicatum*).

Cette solution rationnelle n'a pas été adoptée par le législateur, du moins totalement. Il fait une distinction entre le jugement confirmé et le jugement réformé. Si le jugement est confirmé (article 472), l'exécution appartiendra au Tribunal qui l'a rendu. Il y aura donc un deuxième examen du litige dans la mesure fixée par l'acte d'appel et par l'appel incident, après quoi l'affaire retournera devant la première instance pour continuation.

Mais si le jugement est infirmé, alors en vertu de l'article 473 la juridiction du deuxième degré pourra évoquer l'affaire, c'est-à-dire examiner tout le procès et statuer par un seul et même jugement sur l'appel et sur le fond, et ne pas renvoyer devant les premiers juges comme l'exigerait le seul effet dévolutif (1).

Ainsi le droit d'évoquer est une dérogation aux règles normales de l'appel et doit être rigoureusement réglementé ; c'est l'article 473 complété par les exigences de la Cour de Cassation qui en fixe les conditions. Elles sont au nombre de cinq :

1^o Le tribunal de première instance ne doit pas avoir statué sur le fond. S'il avait statué sur le fond, on ne serait pas dans la nécessité de parler d'évocation, il y aurait simplement effet dévolutif.

(1) Art. 473 : « En cas d'appel d'un jugement avant dire droit, si cette décision est infirmée, la juridiction d'appel pourra évoquer l'affaire à condition que la matière soit susceptible de recevoir une décision définitive.

« Il en sera de même dans le cas où elle infirmerait ou annulerait des jugements sur le fond, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause. »

2^o Le procès doit être en état de recevoir une décision au fond. La loi n'a pas déterminé les conditions qu'une affaire doit remplir pour être réputée en état. La jurisprudence exige deux conditions :

a) L'une des parties au moins doit avoir conclu au fond devant les premiers juges. C'est ce que traduit brièvement et fortement la formule utilisée par la Cour de Cassation le 7 mars 1944 : « plénitude de juridiction après conclusion au fonds » (1).

b) L'affaire doit être suffisamment instruite. Il dépend du for intérieur du juge de première instance, d'apprécier si l'affaire était en état, mais la Cour de Cassation se réserve le droit d'examiner si c'est à bon droit que les juges de première instance ont déclaré l'affaire suffisamment instruite (2).

3^o La juridiction du deuxième degré doit infirmer ou annuler le jugement litigieux car si le premier juge a bien jugé, il n'y a pas de véritable raison de lui enlever la connaissance du procès.

4^o La juridiction du 2^e degré doit statuer à la fois par une seule et même décision sur l'évocation et sur le fond. C'est ainsi que le juge du deuxième degré ne peut évoquer et en même temps ordonner une mesure d'instruction si minime soit-elle (3). Le but de la loi qui a institué l'évocation aurait été manqué si, après l'avoir exercée, les juges d'appel avaient pu se livrer à une instruction qui aurait prolongé le procès et augmenté les frais. Cette exigence contenue dans l'article 473 du Code de 1806 ne se retrouve plus dans la nouvelle rédaction de cet article. Le législateur de 1942 n'a pas cru devoir rappeler une règle par trop évidente. Puisque l'affaire est l'état et qu'aucune mesure d'instruction ne peut plus être ordonnée, le tribunal du deuxième degré en évoquant doit répondre par un seul et même jugement. C'est une règle constante de prononcer des décisions de justice, en France, et qui ne subit aucune exception. La décision par laquelle la Cour met une affaire en délibéré n'est pas une exception car durant toute la durée du délibéré l'instance est censée continuée devant la Cour sans interruption. L'article 264 du Code Civil n'est pas non plus une exception car le tribunal doit déclarer si la demande est établie ou pas. Les débats sont clos et

(1) S. 1944 1.1. — Même sens, Req. 8 fév. 1881. D.P. 82.1.39.

(2) Civ. D.P. 86.1.212. — Civ. D.P. 63.1.176. — Civ. D.P. 1907 1.32.

(3) Ch. civ. 2.12.1846 S.47.7.218 ; Ch. civ. 21.17.1842. S.43.1.160 ; Ch. civ. 22.1.1877. S.77.1.341 ; Ch. civ. 13.5.1872. S.72.1.406. — Même sens, Pandectes, V. *Appel civil*, N° 6092.

le divorce est acquis, sauf sursis au prononcé ; il n'y aura plus ni débat ni délibéré, mais simplement lecture d'une décision acquise dès le jour même où il était sursis à sa lecture pour accorder aux époux une trêve comme ultime chance de réconciliation (1).

5° La juridiction du deuxième degré doit être compétente pour statuer sur le fond en dernier ressort. Sa faculté d'évocation ne saurait élever son attribution juridictionnelle ; la Cour de Cassation est très ferme sur ce point. Elle n'admettrait pas par exemple qu'un tribunal civil de première instance après avoir infirmé ou annulé une sentence de paix évoque l'affaire s'il n'était lui-même compétent pour n'en connaître qu'en premier ressort (2).

D'ailleurs, si la Cour pouvait se borner à prononcer l'évocation sans plus, l'on ne voit pas par quel acte on pourrait la saisir à nouveau pour la faire prononcer sur le fond.

Les arrêts qui prononceraient distinctement sur le fond évoqué et sur la décision d'avant dire droit seraient entachés de nullité (3). Cependant un tribunal d'appel a pu valablement après avoir, par évocation, tranché définitivement l'unique question du procès, question portant sur la ligne divisoire des héritages respectifs des parties, d'après un titre non contesté qui leur était commun, ordonner le renvoi devant le juge de paix pour une simple opération matérielle de bornage à faire en exécution et par application de sa décision (4).

Mais il peut arriver qu'une mesure d'instruction soit nécessaire pour éclairer la religion des juges du deuxième degré. Dans ce cas, la disposition de l'article 473 ancien, touchant uniquement le jugement à rendre sur l'évocation, rien n'empêche les juges d'appel d'ordonner une mesure d'instruction avant de statuer sur le jugement d'avant dire droit dont appel a été interjeté (5).

La mesure d'instruction remplie, ils évoqueront le fond et y statueront en même temps que sur l'avant dire droit dont appel.

Enfin, notons que l'évocation n'est pas soumise à la demande des parties, qu'elle peut être prononcée d'office par le juge.

(1) Commentaires de M. Breton, J.C.P. 1943 I.339. — Note de Madrey, J.C.P. 42, II.1852.

(2) Cass. 29.3.1852, S. 52.1.630 ; 18.11.1863, S. 64.1.133 ; 26.11.1873, S. 71.1.475 ; 23.12.1884, S. 86.1.165 ; 6.1.1886, S. 86.1.339.

(3) Cass. 9 octobre 1811, *Journal des av.*, t. 12, p. 391, n° 10 ; Cass. 18 juin 1817 (même référence) ; 2 février 1824, *Journal des av.*, t. 26, p. 78 ; 21 décembre 1842, S. 43.1.160 ; 3 novembre 1846, S. 47.1.217.

(4) Cass. 22.12.1886, S. 87.1.112.

(5) Cass. 16.1.1834, D.P. 34.1.221 ; 15.12.1871, D.P. 71.1.299.

BONCENNE, dans une consultation sur l'affaire Ouvrard, définit l'évocation comme un recours donnant au juge d'appel, le pouvoir de faire ce que le juge de première instance avait dû faire et n'a pas fait.

Cette conception reprise par CHAUVEAU, ne viole en rien la règle du double degré de juridiction, et de plus explique fort bien les conséquences suivantes du pouvoir d'évocation :

D'abord la Cour d'Appel ne peut pas examiner les demandes nouvelles parce que la première instance ne pouvait pas statuer sur elles, ne les ayant pas connues.

En second lieu, la Cour d'Appel ne peut statuer sur le fond que quand l'affaire est en état. En effet, si l'affaire n'était pas en état, le premier juge ne pouvait pas statuer sur la demande principale, sans ordonner une nouvelle mesure d'instruction. Sa décision n'est donc pas critiquable et il a bien fait, en réservant le fond du procès, d'ordonner par exemple une enquête ou une expertise. Si au contraire l'affaire était en état et que le juge de première instance au lieu de statuer sur le fond s'est arrêté à une mesure d'instruction, il s'est arrêté mal à propos, car il aurait dû trouver dans la cause matière à statuer au fond et le juge du deuxième degré en réformant la décision entreprise et en tranchant le fond par voie d'évocation, fait ce que le premier juge aurait dû faire et n'a pas fait.

Enfin si la juridiction du premier degré a jugé quand elle ne le pouvait pas, par exemple si la demande était nulle, le juge d'appel en déclarant la nullité de la demande, ne peut évoquer le fond. En effet, le premier juge a bien rendu une décision avant dire droit ordonnant par exemple une enquête, mais il n'aurait pas dû le faire puisque la demande était nulle par hypothèse. Dès lors le juge d'appel évoquant, pour faire ce qui aurait dû être fait en première instance, ne peut pas trancher la question principale et doit se borner à prononcer la nullité de la demande.

Cette théorie de BONCENNE et de CHAUVEAU n'a été suivie ni par la doctrine ni par la jurisprudence.

Historiquement la justice est en France un droit régalien. Le Roi était la source de toute justice et les tribunaux ne jugeaient que par délégation du Roi qui pouvait logiquement modifier ou révoquer l'ordre des délégations qu'il avait faites et évoquer c'est-à-dire appeler à lui telle ou telle affaire, au lieu de la laisser trancher par la jurisprudence normalement compétente.

De nos jours le fondement du droit de justice a changé. Toute

justice réside dans le peuple et en bonne logique, ce n'est que lui qui pourrait déléguer ou retenir la connaissance de toute affaire. S'il existait un Tribunal du Peuple, il pourrait à bon droit et à tout moment, quel que soit l'état des affaires, en connaître.

L'évocation qui nous préoccupe ne vient ni de l'un ni de l'autre de ces fondements historiques, c'est une simple création de la loi. Un texte, l'article 473, donne à la juridiction d'appel tel droit et la juridiction d'appel l'exerce, c'est un rouage de l'organisation judiciaire.

La véritable évocation, celle qui semble tenir au fondement même du droit de rendre justice, qu'elle vienne du Roi ou du Peuple, est celle de la Chambre des mises en accusation (1). En vertu de l'article 235 du Code d'instruction criminelle, la Chambre des mises qui peut d'office dessaisir un juge d'instruction ou le magistrat du parquet, et se saisir elle-même à tout moment que, l'affaire ait déjà fait l'objet d'une mesure d'instruction ou non, et cela sans la crainte d'un conflit de juridiction, puisque l'évocation peut avoir lieu avant qu'aucune décision ne soit rendue, agit vraiment en retenant quelque chose qui lui revient de droit, car elle est détentrice de la puissance d'accusé au nom du peuple (2).

N'étant qu'une création légale exorbitante des règles normales, l'évocation de l'article 473 doit se renfermer strictement dans les conditions définies par la loi et que l'on a analysées précédemment.

Les arguments les mieux déduits ne sauraient mettre en échec une disposition légale qui pourrait sans doute être plus précise, mais qui, en raison de son étendue indéfinie, ne permet pas la restriction.

En réalité BONCENNE et CHAUEAU ont voulu faire tenir le droit d'évocation de l'article 473 dans le respect de la règle du double degré de juridiction et du principe que la juridiction d'appel n'est saisie que des chefs de la décision dont il est fait appel. Or, l'article 473 est précisément une exception à ces bornes. Le tribunal du premier degré ayant déclaré expressément réserver le fond et ayant ordonné une mesure d'instruction n'a pas examiné la question de

(1) Emile Demontès : « L'opposition aux ordonnances du Juge d'Instruction militaire devant le Tribunal de Cassation. » Conférence faite à l'Ecole de perfectionnement des Officiers de réserve de la justice militaire de Montpellier, le 10 février 1938.

(2) Article 235 du C.I.C. : « Dans toutes les affaires, les cours d'appel, tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation, pourront d'office, sans qu'il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges, ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer, et statuer ensuite sur ce qu'il appartiendra. »

droit qui clôturerait le procès. La juridiction du deuxième degré en infirmant le jugement et en examinant le procès dans son ensemble procède à une opération que le premier juge avait écartée et juge bien la demande principale pour la première et dernière fois, sauf requête ou pourvoi.

Cette dérogation à des principes traditionnels se justifie par trois raisons qui n'ont pas toutes la même force, mais qui s'unissent pour l'étayer.

Grâce à l'évocation la procédure est plus rapide et moins coûteuse car on gagne du temps et on économise des frais en restant devant la juridiction d'appel au lieu de retourner devant la première instance.

L'idée est à retenir car il est certain que le législateur moderne cherche en procédure la célérité et l'économie, mais elle est insuffisante et n'explique pas pourquoi l'évocation ne fonctionne pas aussi bien en cas d'infirmité que dans celui de confirmation, alors que le besoin de célérité et d'économie est le même dans les deux cas.

Une deuxième raison est d'éviter à l'appelant, qui a obtenu satisfaction, l'animosité des premiers juges. En effet, ceux-ci, mécontents de voir leur jugement infirmé, pourraient être inclinés, même inconsciemment, à juger partialement.

Enfin, si la Cour d'Appel en infirmant une décision n'évoquait pas et se bornait à renvoyer l'affaire devant le tribunal du premier degré, rien n'empêcherait celui-ci de statuer encore dans le même sens que son premier jugement. En effet, il n'y a pas en France de hiérarchie de juridictions. La plus petite des justices de paix, le plus petit des tribunaux civils, sauf le cas où il fonctionne comme tribunal de renvoi, n'est pas tenu de se conformer à la jurisprudence de la Cour de Cassation, même établie toute Chambre réunie.

Il est traditionnel et conforme à l'idée même que l'on se fait en France de la justice que « tout juge ne relève que de la loi et de sa conscience ».

Ce qui rend difficile à saisir cette égalité de nos juridictions, c'est la hiérarchie qui existe entre les magistrats ; mais cette hiérarchie est cantonnée strictement aux rapports administratifs et disciplinaires, elle ne touche pas à l'ordre judiciaire.

L'on a vu (p. 49) que les juridictions supérieures (Cours d'Appel, ou tribunaux de première instance, fonctionnant comme juges d'appel) étaient supérieures uniquement par le pouvoir qu'elles ont d'arrêter les litiges en tranchant souverainement le fait, mais à aucun

moment elles ne peuvent incliner les juridictions du premier degré à se prononcer dans leur sens.

Si donc la juridiction du deuxième degré en infirmant une décision n'évoquait pas, l'on pourrait assister à un va et vient interminable du Tribunal et la Cour, et de la Cour au Tribunal. Ce dernier argument tenant à l'organisation et à la conception même de la justice en France apparaissait comme décisif.

II. L'EFFET SUSPENSIF. — Par l'effet suspensif de l'appel l'exécution de la décision du juge de première instance est suspendue. La matière des jugements d'avant dire droit n'offre aucune particularité sur ce chapitre et l'on peut se borner à rappeler très succinctement les règles générales.

L'acte d'appel ayant remis en question devant la juridiction du deuxième degré tout ou partie de ce que le premier juge avait décidé, tout naturellement les effets de sa décision doivent cesser. Ils ne cessent, bien entendu, qu'à partir de l'acte d'appel, les délais d'appel ne suspendent rien, sauf en cas d'exécution par les tiers. Tant qu'un jugement n'est pas attaqué son exécution peut donc être poursuivie.

Il n'y a que deux exceptions à l'effet suspensif de l'appel, l'exécution provisoire, soit légale, soit judiciaire, et l'appel d'un jugement qualifié en dernier ressort. Dans ce dernier cas l'appel ne suspend rien car il frappe une décision vis-à-vis de laquelle il est interdit et il doit être considéré comme non avenu.

L'exécution ne pourra être suspendue qu'en vertu de défenses obtenues par l'appelant à l'audience du tribunal d'appel, sur simple conclusion si l'intimé a constitué avoué, dans le cas contraire par assignation à bref délai (articles 458, 459, 460, 461 nouveaux).

H) L'instance d'appel, l'arrêt et son exécution. — En appel, la procédure prononce de l'arrêt compris se déroule comme en première instance et, en matière de jugement d'avant dire droit, suivant les mêmes règles que pour les jugements sur la demande principale.

Cependant le jugement rendu en appel, peut présenter une particularité : l'amende de fol appel qui frappe l'appelant téméraire.

Des règles particulières sanctionnent quant à l'amende l'appel des jugements d'avant dire droit.

L'appel du jugement au fond peut être sanctionné quand il est jugé dilatoire ou abusif d'une amende de 200 à 500 francs, s'il s'agit d'un appel de sentence de paix ou d'une ordonnance, de 500 à 1.000

francs, s'il s'agit d'un jugement du Tribunal Civil ou du Tribunal de Commerce (article 471).

L'amende en cas d'appel d'une décision avant dire droit, ne sera pas automatique, non plus que celle du jugement au fond, mais laissée à l'appréciation de la Cour, qui devra se prononcer sur son caractère dilatoire ou abusif, car on peut succomber et avoir été appelant de bonne foi ; mais néanmoins, dès que le juge aura déclaré l'appel dilatoire ou abusif, il n'aura plus aucune latitude pour l'application de l'amende et la fixation de son chiffre. L'article 453 fixe uniformément à 100 francs l'appel d'une ordonnance ou d'une sentence de paix ; à 250 francs l'appel d'un jugement du Tribunal Civil, du Tribunal de Commerce (1).

Ces chiffres sont inférieurs à ceux de l'amende ordinaire, sans doute parce que le législateur estime que l'incident est moins grave.

L'arrêt une fois rendu, il n'y a plus qu'à l'exécuter. Ici il faut distinguer entre un arrêt confirmant et un arrêt infirmant la décision de première instance.

I. *Cas de confirmation.* — Quand le jugement attaqué est confirmé, l'appel est anéanti et les parties sont remises dans l'état où elles se trouvaient avant l'acte d'appel. Si le jugement n'avait pas été attaqué, c'est le Tribunal qui l'a rendu, qui en règle générale, aurait été compétent pour statuer sur les difficultés d'exécution. Il doit en être ainsi après la confirmation, l'article 472 paragraphe 1^{er} le dit expressément. Cette règle est générale et s'applique aussi bien à l'exécution des jugements sur la question principale qu'à celle des jugements sur incident et à celle des jugements d'avant dire droit (2).

Mais normalement les tribunaux d'exception ne connaissent point de l'exécution de leur jugement définitif (par exemple le Tribunal de

(1) Art. 453, alinéa 2 : « Au cas d'appel jugé dilatoire ou abusif, la juridiction d'appel, en déclarant l'appel irrecevable devra condamner l'appelant à une amende de 100 frs sans décimes, s'il s'agit de l'appel d'une ordonnance, ou de l'appel d'un jugement d'un juge de paix ; ou d'une décision du conseil des prud'hommes, et de 250 frs sans décimes, s'il s'agit de l'appel d'un jugement d'un tribunal de commerce ou d'un tribunal de première instance. »

(2) Art. 472 : « Si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au tribunal qui l'a rendu. Si le jugement est infirmé en totalité, l'exécution entre les mêmes parties appartiendra à la juridiction d'appel.

« En cas d'infirmité partielle, la juridiction d'appel pourra soit retenir l'exécution, soit renvoyer au même tribunal composé d'autres juges, si elle l'estime nécessaire, ou à un autre tribunal. Le tout, sauf les cas dans lesquels la loi attribue juridiction. »

Commerce, en application de l'article 442, la Justice de Paix et le Conseil des Prud'hommes), c'est le Tribunal Civil qui en connaît. Cela est certain sur les jugements sur incident ou sur la question principale, mais il y a dérogation pour les jugements d'avant dire droit ; les juridictions d'exception restent compétentes pour statuer sur les difficultés d'exécution de leurs décisions d'avant dire droit parce que les actes d'exécution sont alors les compléments nécessaires de ces décisions.

II. *Cas d'infirmité*. — L'article 472, alinéas 2 et 3, règle la compétence en cas de difficulté surgissant au moment d'exécuter un arrêt infirmant une décision de première instance (1).

En cas d'infirmité totale, la solution est simple : la juridiction d'appel connaîtra des difficultés d'exécution.

En cas d'infirmité partielle, la juridiction d'appel aura le choix entre se réserver l'exécution ou la renvoyer à un autre Tribunal qu'elle désignera ou encore au même tribunal de première instance, mais composé autrement.

Le législateur s'est montré ici soucieux d'une bonne administration de la justice et a voulu écarter les juges dont la décision pourrait être suspectée d'impartialité.

(1) Voir note 1, p. 59.

CHAPITRE II

LES RECOURS EXTRAORDINAIRES CONTRE LES JUGEMENTS AVANT DIRE DROIT

Section I. — La tierce opposition.

L'article 474 est ainsi conçu : « Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés. »

Reposant sur le principe d'équité naturelle que nul ne peut être condamné sans avoir fait valoir ses moyens de défense, la tierce opposition est une voie de recours extraordinaire, ouverte contre tout jugement à une personne qui n'y a point été partie ni représentée, quand ce jugement préjudicie à ses droits.

La nécessité du préjudice n'ajoute rien à la règle ordinaire « pas d'intérêt pas d'action », qui est le fondement de toute notre procédure et que la jurisprudence maintient strictement (1).

Etant donné les termes généraux de l'article 474, toute espèce de jugement est susceptible de tierce opposition; peu importe qu'il soit avant dire droit ou sur le fond. Il suffit qu'il porte atteinte aux droits d'un tiers. Ainsi les jugements provisoires sont susceptibles de tierce opposition du moment qu'ils portent atteinte à ces droits (2). Vainement on objecterait leur caractère révocable, la possibilité pour le tribunal de les rapporter n'empêche pas qu'ils peuvent causer aux tiers un préjudice immédiat. Par exemple, le jugement ordonnant de faire un compte de tutelle, et condamnant le tuteur à payer par provision une somme quelconque, peut être attaqué par voie de tierce opposition si le payement de la provision est préjudiciable à un

(1) Req. 2 mai 1881, D.P. 1882.1.255.

(2) Dalloz, C. pr. an. art. 474. N° 43 et 44 ; Civ. 22 fév. 1830, R. 23.

créancier du tuteur. Ce principe a été fortement affirmé le 22 février 1830 par la Chambre Civile : « Attendu... que l'arrêt (entrepris) s'est borné à dire... que ce jugement était provisionnel et qu'il pouvait être réformé en définitive. Que cette distinction ne se trouve point dans la loi, qu'elle y est même contraire, puisque des jugements purement provisionnels peuvent porter à des tiers un préjudice irréparable... » (1).

Egalement les jugements interlocutoires peuvent préjudicier aux droits des tiers. Les tribunaux ont beau se dire libres, il leur sera difficile de rester insensibles aux preuves qui leur seront apportées. Le préjugé crée une menace assez grave aux droits des tiers pour justifier la tierce opposition. La doctrine est en ce sens (2) aussi bien que la jurisprudence, qui a toujours admis que le préjudice éventuel ouvrait la tierce opposition.

Il n'est pas indifférent de citer à ce propos un arrêt de la Chambre civile en date du 3 février 1883, disant textuellement : « Attendu que le jugement de première instance préjugait la question de validité des testaments de M..., puisqu'il admettait les consorts L... à prouver que le testateur n'était pas sain d'esprit au moment où il avait fait les dispositions dont se prévalaient les légataires particuliers ; que dès lors, la demoiselle F... aurait pu former tierce opposition à ce jugement... » (3).

D'ailleurs, même en législation on trouve la dénonciation de nouvelle œuvre qui n'est autre chose qu'une action ouverte pour empêcher la réalisation d'un préjudice qui n'est encore qu'éventuel.

Mais on ne saurait en dire autant des jugements préparatoires. N'étant que de simples mesures d'instruction ils ne peuvent pas, d'ores et déjà, nuire aux droits des tiers. Par là, cette variété de jugement échappe à la tierce opposition. Personne ne peut décemment se plaindre du fait qu'un tribunal cherche à s'éclairer.

Section II. — La requête civile.

La requête civile est une voie de recours extraordinaire, ouverte dans des cas d'éterminés par la loi, aux parties ou à leurs ayants cause, pour demander respectueusement la rétractation d'une décision

(1) D.P. 1830, 1.137.

(2) Garsonnet, 2^e édit. t. 6 et 2440.

(3) D.P. 83.1.457.

en dernier ressort, et non susceptible d'opposition, au Tribunal même qui l'a rendu.

Un jugement étant la proclamation solennelle de ce que le juge tient pour vrai, étant donné ce qu'on lui a exposé, il importe que l'on soit admis à lui représenter que sa religion a été mal éclairée et que son jugement ne se fonde pas sur des bases réelles.

Historiquement, les origines de la requête civile se mêlent à celles de la Cour de Cassation et l'on en trouve le germe dans la Nouvelle 119 de Justinien qui permettait de demander au préfet du prétoire de rétracter ses jugements. Les Etablissements de Saint-Louis consacrent ce recours sous le nom de « Lettres de supplication », qu'on pouvait porter, jusqu'au coucher du soleil, au juge même qui venait de se prononcer, et les jours suivants au Roi pour obtenir amendement de toute erreur de droit et de fait. Plus tard les « Lettres de supplication » s'appelleront « Lettres de grâce », puis « Lettres de proposition d'erreur ».

A partir du xvr^e siècle la proposition d'erreur se limite aux seules erreurs de fait, mais elles pouvaient venir soit du juge, soit des parties.

L'ordonnance de 1667 ne parle plus que de la Requête Civile et la limite aux erreurs de fait non imputables au juge.

L'expression « requête civile » vient probablement de la forme civile de la demande introductive qui doit être respectueuse, et ne contenir aucun terme blessant pour le juge.

En droit positif français, l'article 480 énumérant les décisions susceptibles de requête civile ne mentionne que les Tribunaux de première instance et d'appel, néanmoins l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence l'ouvre contre les décisions des tribunaux de commerce, les justices de paix et les conseils de prud'hommes.

Mais à quelles conditions les décisions des juridictions énumérées seront-elles susceptibles de la requête civile ?

Il faut en premier lieu que le jugement soit entaché de l'une des causes énumérées par l'article 480 (1), elles sont assez nombreuses

(1) Art. 480 : « Les jugements contradictoires rendus en dernier ressort par les tribunaux de première instance et d'appel, et les jugements par défaut rendus aussi en dernier ressort et qui ne sont plus susceptibles d'opposition, pourront être rétractés sur la requête de ceux qui auront été parties ou dûment appelés, pour les causes ci-après : 1/ s'il y a eu dol personnel ; 2/ si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées, soit avant, soit lors des jugements, pourvu que la nullité n'ait pas été couverte par les parties ; 3/ s'il a été prononcé sur choses non demandées ; 4/ s'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé ; 5/ s'il a été omis de pro-

mais toutes présentent le même caractère d'erreur involontaire du juge. Si l'erreur était volontaire et inpurable au juge il ne pourrait pas revenir sur sa décision car alors il se déjugerait, ce qu'il ne peut pas faire.

En deuxième lieu la décision doit être en dernier ressort et n'être plus susceptible d'opposition. La loi a voulu ici consacrer le caractère extraordinaire de la requête civile, en le réservant pour les jugements contre lesquels il n'y a aucun recours ordinaire.

C'est ainsi que la requête civile n'est pas ouverte contre les ordonnances de référé qui ne sont en quelque sorte jamais en dernier ressort puisqu'elles peuvent être modifiées et rapportées à tout instant par le juge qui les a rendues.

Le jugement d'avant faire droit, ayant pour caractère essentiel de ne pas dessaisir le juge qui l'a rendu n'est lui aussi, d'une certaine manière, jamais en dernier ressort, puisqu'il est toujours possible de revenir devant le juge et de lui montrer l'erreur du jugement pour, au moins jusqu'à la décision définitive, obtenir rétractation. Donc, en bonne logique, la voie de la requête civile ne devrait pas être ouverte contre les jugements d'avant faire droit tant qu'on pourrait revenir devant le Tribunal, c'est-à-dire tant que durerait l'instance. Ce système présenterait l'avantage d'être en accord avec la tendance actuelle du législateur à la rapidité et à l'économie. Il est certain que revenir simplement devant le premier juge dans une instance ordinaire est autrement rapide et moins coûteux que d'aborder les formalités et les frais de la double instances que comporte la requête civile. Mais, à partir de la décision sur le fond, clôturant le procès, le juge étant dessaisi et ne pouvant plus se rétracter, alors la requête civile pourrait être ouverte contre les jugements d'avant faire droit, conjointement avec le jugement sur la demande principale.

Cependant la jurisprudence n'a pas suivi ce raisonnement. Autrefois elle n'accordait la requête civile contre les jugements d'avant faire droit, qu'en cas de dommage irréparable. On a vite remarqué

noncer sur l'un des chefs de la demande ; 6/ s'il y a contrariété de jugement en dernier ressort, entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, dans les mêmes cours ou tribunaux ; 7/ si dans un même jugement il y a des dispositions contraires ; 8/ si, dans les cas où la loi exige la communication au ministère public, cette communication n'a pas eu lieu, et que le jugement ait été rendu contre celui pour qui elle était ordonnée ; 9/ si l'on a jugé sur pièces reconnues ou déclarées fausses depuis le jugement ; 10/ si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait de la partie.

que c'était exiger une condition supplémentaire et ajouter au texte de l'article 480 qui ne parle que de « jugements contradictoires », que de plus, dans le livre IV, titre II du code de procédure civile, consacré à la requête civile, nulle part la distinction n'est faite entre les jugements d'avant faire droit et les décisions définitives. Alors on a appliqué à la requête civile le même régime qu'à l'appel pour identité de motif. C'est-à-dire que pour les jugements provisoires et interlocutoires, la requête civile était ouverte immédiatement, mais que pour les jugements préparatoires il fallait attendre la décision sur le fond et les attaquer conjointement.

De nos jours le législateur de 1942 ayant supprimé, quant à l'appel, toute distinction entre les divers jugements d'avant faire droit, il est possible que, toujours par identité de motifs, la jurisprudence permette la requête civile immédiatement contre tout avant faire droit. A notre connaissance elle n'a pas encore eu à se poser la question.

Section III. — Le Pourvoi en Cassation.

Les origines du pourvoi en cassation sont inextricablement mêlées à celles de la requête civile et en effet, jusqu'aux Lettres de proposition d'erreur, on a confondu erreur de droit et erreur de fait.

La distinction ne commence d'apparaître qu'avec l'ordonnance de Blois en 1579. Depuis de nombreux actes ont dégagé et réglementé ce recours 1597, 1667, 1673, 1676, 1681, 1684, 1687, 1718 et 1737, enfin le 28 juin 1738 le chancelier d'Aguesseau fit paraître un règlement général codifiant toutes les dispositions éparses. Cette ordonnance de 1738 est encore en vigueur dans toutes ses dispositions qui n'ont pas été expressément abrogées par la loi du 2 Brumaire an IV concernant l'organisation du tribunal de cassation.

En droit positif français, le pourvoi en cassation est un recours extraordinaire qui vise à faire annuler pour contravention à la loi, un jugement ou un arrêt rendu en dernier ressort.

Comme la tierce opposition et la requête civile, le pourvoi en cassation est un recours extraordinaire, c'est-à-dire qu'il ne peut être formé que pour des causes bien déterminées. Ces causes sont au nombre de six : inobservation des formes prescrites à peine de nullité, incompétence, excès de pouvoir, contrariété de base légale, contrariété de jugement qui se résument toutes en « violation de la loi ».

Ainsi le pourvoi en cassation apparaît moins comme un débat entre

les parties aux procès que sous l'aspect d'un litige entre le jugement et la loi, c'est une sorte de contrôle du respect de la légalité, contrôle assurant l'unité d'interprétation des textes dans tout le pays.

Mais la question qui nous préoccupe plus particulièrement est celle de savoir quelles sont les conditions de ce recours, quant aux jugements d'avant faire droit.

L'examen de la jurisprudence permet de dire que trois conditions sont exigées pour que le pourvoi en cassation soit possible :

- 1^o la décision doit être un jugement,
- 2^o la décision doit être définitive,
- 3^o la décision doit être en dernier ressort (1).

Reste à savoir si les jugements d'avant dire droit présentent ces caractères.

I. *La décision doit être un jugement.* — Un jugement n'est pas indistinctement tout acte de l'autorité judiciaire notamment les actes gracieux ou les mesures prises par les magistrats à titre de règlement intérieur pour la prompte expédition des affaires, ne sont pas des jugements. Sont des jugements uniquement les décisions dénouant une question litigieuse ; or les jugements d'avant dire droit, on l'a vu dans la première partie de cette étude, ne tranchent aucune contestation, ce sont des actes d'une espèce particulière, sans autorité de chose jugée, qui ne sont appelés jugement que par abus de langage.

II. *La décision doit être définitive.* — Par décision définitive, nous savons qu'il faut entendre une décision mettant fin à une contestation et dessaisissant le tribunal de la connaissance du point tranché, c'est par exemple une décision statuant sur la demande principale, ou sur l'un des chefs de cette demande, ou encore sur un débat incident (exception d'incompétence, litispence, etc...).

Les jugements d'avant faire droit ne tranchent jamais de contestation et se bornant soit à sauvegarder les intérêts en jeu, soit à préparer simplement le jugement au fond, ne sont donc jamais définitifs.

C'est ainsi que le jugement ordonnant la jonction de deux instances, une communication de pièces, la comparution personnelle des parties ne sont pas susceptibles de pourvoi immédiat.

III. *La décision doit être en dernier ressort.* — La loi veut que le

(1) Pandectes françaises, v. *Cassation civile*, N^o 164.

pourvoi en cassation soit un remède auquel on ne puisse recourir que s'il n'existe aucune voie légale de réformation (appel) ou de rétractation (opposition).

On comprend très bien que tant qu'on peut représenter l'erreur de droit au juge de première instance lui-même ou au juge d'appel pour obtenir l'amendement de la décision, il ne soit pas nécessaire de se pourvoir devant la Cour de Cassation.

Or, précisément en matière d'avant dire droit, le juge n'étant jamais dessaisi, la décision n'est, en quelque sorte, jamais en dernier ressort, et l'on peut toujours représenter l'erreur au juge de première instance et obtenir rétractation, ou au juge d'appel et obtenir réformation.

Seulement, après qu'un arrêt sur la demande principale sera rendu, le juge sera dessaisi de toute connaissance du litige, et alors le pourvoi en cassation désormais seul moyen pour obtenir redressement d'une erreur de droit, pourra s'ouvrir et accomplir son office véritable de moyen extraordinaire.

Ainsi, au regard des trois conditions du pourvoi en cassation, on doit écarter ce recours immédiat contre les jugements d'avant dire droit. Cependant la loi et la jurisprudence distinguent entre les divers jugements d'avant dire droit.

Les jugements préparatoires, en vertu de l'article 14 de la loi du 2 Brumaire en IV, ne sont pas susceptibles de pourvoi immédiat ; le pourvoi ne peut être utilement formé qu'après le jugement sur le fond.

A l'inverse des jugements préparatoires, les jugements interlocutoires peuvent être l'objet d'un recours en cassation sans attendre le jugement sur le fond en raison du préjudice qu'ils font courir aux intérêts des parties en préjugant le fond. Ainsi, l'arrêt qui autorise une partie à prouver par témoins les faits par elle articulés, tout en étant simplement interlocutoire n'en est pas moins définitif et susceptible, dès lors, d'acquérir l'autorité de la chose jugée, quant au chef qui déclare la preuve testimoniale admissible, en ce qu'il existe un commencement de preuve par écrit. Conséquemment, l'arrêt qui se prononcerait plus tard sur le fond ne pourrait pas, sans violer la cause jugée, statuer à nouveau sur cette question. De même, aussi, le pourvoi formé contre la décision au fond ne pourrait pas porter sur l'admissibilité de la preuve testimoniale (1).

(1) Cass. 29 juillet 1873, S. 74, 1.360, D.P. 741-1-263.

Ce raisonnement de la Cour de Cassation est exact mais il porte à faux. En effet, l'arrêt dit interlocutoire est mal qualifié d'interlocutoire. Il est définitif pour avoir tranché la question de recevabilité de la preuve testimoniale, en l'occurrence il s'est prononcé sur une question incidente et a tranché définitivement un point de droit accessoire au procès, tout naturellement il est donc susceptible de pourvoi. En réalité c'était un jugement de nature mixte, définitif quant à la partie statuant sur la recevabilité de la preuve testimoniale, et préparatoire quant à la partie ordonnant enquête.

La Cour de Cassation avait d'ailleurs commencé par faire aux interlocutoires le même régime qu'aux préparatoires (1) ; mais considérant que l'article 14 de la loi du 14 Brumaire an IV ne parle que de jugements préparatoires et d'instruction, elle fait aux interlocutoires le sort commun en ouvrant contre eux le pourvoi immédiat.

La loi du 23 mai 1942 a unifié quant à l'appel le régime des jugements avant dire droit, mais il est peu de chance pour que cette réforme ait une répercussion quelconque sur la recevabilité du pourvoi en cassation. La Cour de Cassation a toujours refusé de se décider par identité de motif avec l'appel en faisant remarquer que les règles du code de procédure civile ne la concernaient pas. Ce code, en effet, ne s'occupe nulle part du pourvoi en cassation, seul l'article 504 prévoit un cas de recours en cassation. Le pourvoi continue d'être réglé par le Règlement AGUESSEAU du 28 juin 1738 et par la loi de Brumaire an IV ; il est donc de fortes chances pour que la division des jugements d'avant dire droit en jugements préparatoires et interlocutoires durent encore très longtemps devant la Cour de Cassation, au moins jusqu'à ce que le législateur ait eu le loisir de poursuivre l'œuvre d'unification de la notion d'avant dire droit.

(1) Cass. 12 avril 1810.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, quand on porte un coup d'œil d'ensemble sur les jugements d'avant dire droit, on est amené à constater qu'on n'y trouve aucune unité.

Désaccord entre les auteurs sur la notion même de jugement d'avant dire droit, les uns y voyant tous les jugements autres que le jugement sur la question principale, les autres y mettant seulement les décisions rendues au cours d'une instance sans dessaisir le juge, sans mettre fin à aucun litige, ayant uniquement en vue de permettre aux parties d'arriver sans encombre à l'issue du procès et de faire avancer l'instance.

Désaccord sur la nature juridique de ces décisions, les uns y voyant de purs actes d'administration, les autres de véritables jugements alors qu'ils sont dans la réalité d'une nature propre des « actes d'administration judiciaire ».

Régimes différents faits à chaque catégorie de jugement d'avant dire droit suivant la voie de recours qu'on exerce contre eux :

l'opposition suit les règles normales ;

l'appel applique les mêmes règles à tous les jugements d'avant dire droit, mais ces règles ne sont pas les règles normales : délai abrégé de 15 jours au lieu d'un mois, signification de l'acte d'appel à domicile élu au lieu de signification à personne ou à domicile, tempérament à l'effet dévolutif et entorse à la règle du double degré de juridiction par le droit d'évocation, etc...

La tierce opposition, la requête civile et le pourvoi en cassation font à chaque catégorie de jugement d'avant dire droit un régime particulier selon que ces recours leur sont ouverts immédiatement ou au contraire après le jugement sur le fond et conjointement avec le même recours exercé contre ce dernier jugement.

Une idée vient alors tout naturellement à l'esprit : c'est celle d'ordre et d'unité. Le législateur semble s'être engagé dans cette voie .

puisque la loi du 23 mai 1942 est un sérieux effort d'unité des jugements d'avant dire droit dans le régime de l'appel. Mais cet effort est bien modeste, d'une modestie qui est peut-être prudence et sagesse, car l'expérience de la Révolution a montré qu'on ne fait œuvre ni solide, ni durable, en touchant d'une manière trop brusque, ou d'une main trop lourde au monument des lois.

Un changement radical, une amélioration trop ample, trop profonde, eût certainement provoqué une rupture d'équilibre qui n'aurait pas été un progrès, mais aurait été cause d'un trouble grave car la procédure est surtout affaire de mœurs judiciaires, et il eût fallu du temps pour s'adapter peu à peu aux nouvelles pratiques imposées par le législateur.

Si notre procédure civile a besoin de rajeunissement, c'est par les fondements de l'édifice qu'il faut commencer. Il faut en quelque sorte s'efforcer de repenser notre procédure pour déduire logiquement et le plus simplement possible de ses principes les règles de la pratique judiciaire. C'est pourquoi nous nous sommes efforcé de préciser autant que nos faibles lumières nous l'ont permis, la notion de jugement d'avant dire droit en souhaitant que nos efforts contribuent à des réformes dont le succès dépendra avant tout, non du contenu des textes, mais de la façon dont elles seront comprises par les magistrats et les praticiens.

Vu

Montpellier, le 28 Avril 1945

Le Président de la thèse :

E. DEMONTÈS.

Vu :

Montpellier, le 1^{er} mai 1945

Le Doyen :

G. MORIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Montpellier, le 14 mai 1945

Le Recteur :

pour le Recteur, le doyen délégué :

P. MATHIAS.

BIBLIOGRAPHIE

— I —

OUVRAGES GÉNÉRAUX

BIOCHE. — Dictionnaire de procédure civile.

BOITARD. — Leçons de procédure civile.

BONCENNE. — continué par BOURDEAU : Théorie de la procédure civile.

BONFILS. — Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale.

CARRÉ et CHAUVEAU. — Lois de la procédure civile et administrative.

CRÉPON. — Traité de l'appel en matière civile.

CUCHE. — Précis de procédure civile et commerciale.

DALLOZ. — Code de procédure civile annotée.

— Jurisprudence générale.

— Répertoire pratique.

GARSONNET et CÉZAR BRU. — Traité de procédure civile.

GIRARD. — Manuel élémentaire de Droit romain.

GLASSON. — Précis de procédure civile.

HOVELIN. — Cours élémentaire de droit romain.

LABORDE LACOSTE. — Précis élémentaire de procédure civile.

MOREL. — Traité élémentaire de procédure civile.

PANDECTES françaises.

PIGEAU. — La procédure civile des tribunaux de France.

ROUSSEAU et LAINEY. — Dictionnaire de procédure civile.

SIREY. — Répertoire Fuzier-Hermann.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- BAUDIN. — Des voies de recours contre les ordonnances sur requête. (Thèse Dijon, 1902.)
- BAUDIN. — Essai sur la relativité de force exécutoire des décisions de justice. (Thèse Dijon, 1931.)
- CHENON. — Origines, conditions et effets de la Cassation.
- FAYE. — La Cour de Cassation.
- GLASSON. — Source de la procédure française.
- GUIZARD. — Le juge des référés ; l'extension de son rôle. (Thèse Montpellier, 1923.)
- LAYNEVESE. — Des voies de recours contre les ordonnances sur requête. (Thèse Toulouse, 1923.)
- PERCIN. — Voies de recours en matière d'ordonnance sur requête. (Thèse Caen, 1912.)
- PLASSARD. — Des ouvertures communes à la Cassation et à la requête civile. (Thèse Paris, 1924.)
- TISSIER. — Théorie et pratique de la tierce opposition.

VARIÉTÉS, COMMENTAIRES ET NOTES

- Ch. civ., 7 mai 1935, D. p. 1935, 1.78, et note de Paul Appleton.
- S. 1910, 1.545, Rapport du procureur général près la Cour de Cassation : BAUDIN.
- DEMONTES (Emile). — Opposition aux ordonnances du juge d'instruction militaire devant le Tribunal de Cassation (Conférence à l'Ecole de perfectionnement des officiers de réserve de la justice militaire, Montpellier, le 10 février 1938.)
- DIJOL (Marcel). — L'unification des règles relatives à l'appel civil et commercial, G. P. du 19 février 1936.

EXPOSÉ des motifs du projet de réforme du code de procédure civile en 1894.

D.C. 1943. L.1. — Commentaire de Pierre HÉBRAUD.

Ch. civ. 25 octobre 1905, D.P. 1906-1-337, et la note de Marcel PLAGNIOL.

Ch. réunies 12 juin 1909. S. 1910.1.545, et la note d'Albert TISSIER.

J.C.P. 1942, III. 307. Commentaires de VIZIOS.

SOLUS. — Les lois du 23 mai 1942 portant réforme de la procédure civile ; lois nouvelles 1942, 3, p. 198 et s.

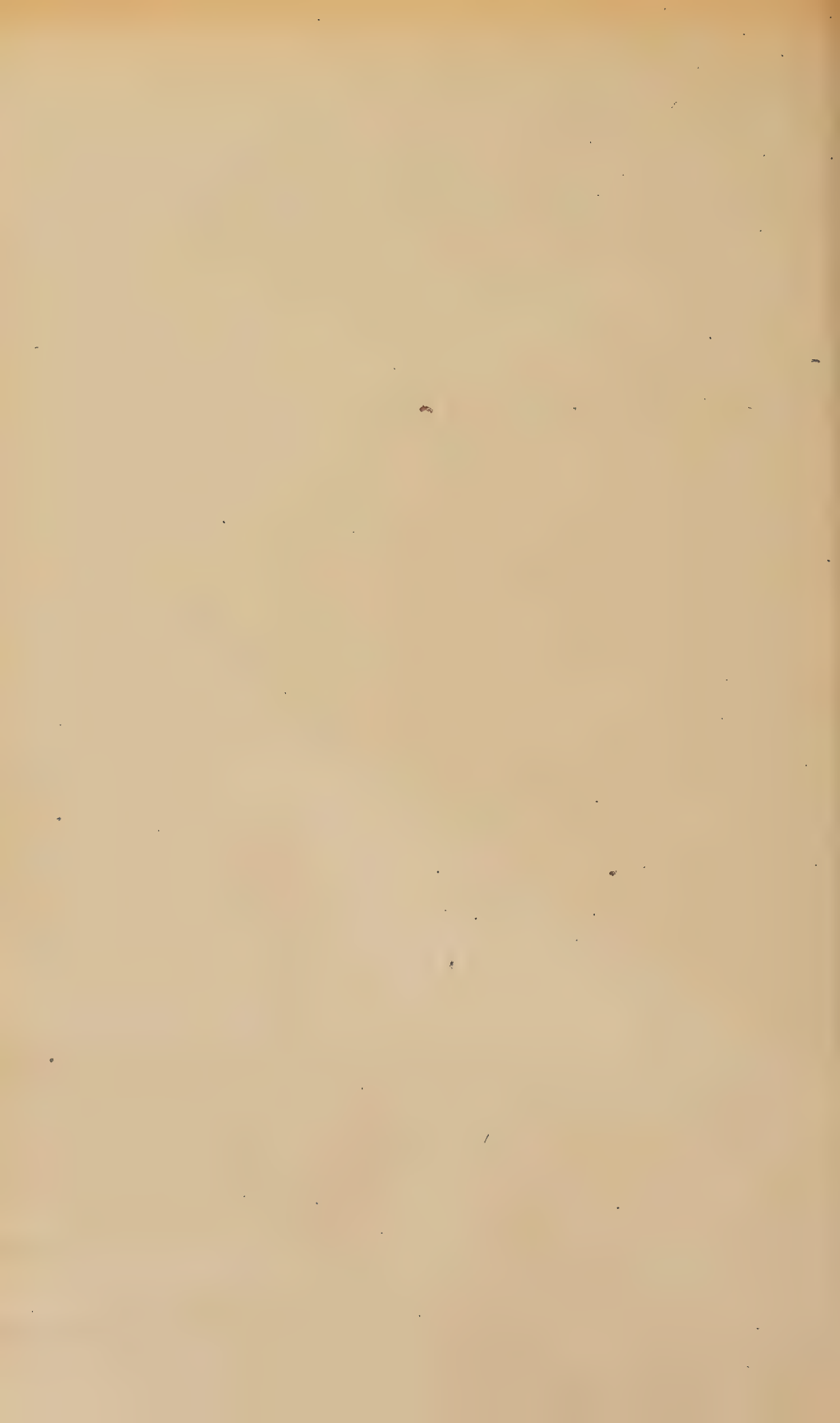


TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Généralités et nature juridique des jugements d'avant dire droit ...	11
CHAPITRE I. — <i>Domaine du jugement avant dire droit</i>	11
<i>Section I. Conception classique</i>	12
<i>Section II. Conception large</i>	14
CHAPITRE II. — <i>Classification des jugements d'avant dire droit</i>	18
<i>Section I. Jugements provisoires</i>	18
<i>Section II. Jugements préparatoires</i>	20
<i>Section III. Jugements interlocutoires</i>	22
CHAPITRE III. — <i>Nature juridique des jugements d'avant dire droit</i>	25
<i>Section I. Le jugement d'avant dire droit n'est pas un jugement mais un acte qui relève de « l'imperium » du magistrat</i>	25
<i>Section II. Le jugement d'avant dire droit n'a pas l'autorité de de la chose jugée</i>	27
<i>Section III. Le jugement d'avant dire droit n'est pas un acte d'administration ordinaire</i>	29
<i>Section IV. Le jugement d'avant dire droit est un acte sui ge- neris</i>	31

DEUXIÈME PARTIE

La marche de l'instance des jugements d'avant dire droit	33
CHAPITRE UNIQUE. — <i>Les particularités de l'instance d'un jugement d'avant dire droit</i>	34

<i>Section I.</i> Introduction de la demande	34
<i>Section II.</i> Exception au principe de la passivité du juge	34
<i>Section III.</i> Les demandes provisoires sont jugées sommairement	35
<i>Section IV.</i> Exception à l'obligation de motiver les jugements.	35
<i>Section V.</i> Exception à l'obligation de signifier tout jugement.	36

TROISIÈME PARTIE

Les voies de recours contre le jugement d'avant dire droit	37
---	-----------

CHAPITRE I. — <i>Les recours ordinaires contre les jugements d'avant dire droit</i>	38
--	-----------

<i>Section I.</i> L'opposition	38
--------------------------------------	----

<i>Section II.</i> L'appel	40
----------------------------------	----

A) Définition, caractère et fondement	40
---	----

B) La réforme du 23 mai 1942	40
------------------------------------	----

C) Conditions d'exercice du droit d'appel	42
---	----

1. Conditions de personne	42
---------------------------------	----

2. Conditions de jugement	42
---------------------------------	----

D) Conditions de délai	44
------------------------------	----

E) Conditions de forme	48
------------------------------	----

F) N'avoir pas acquiescé	49
--------------------------------	----

G) Les effets de l'appel	50
--------------------------------	----

1. L'effet dévolutif	51
----------------------------	----

a) effet à l'égard de la juridiction de 1 ^{re} instance	51
--	----

b) « « « d'appel	51
------------------------	----

Etude spéciale du droit d'évocation	52
---	----

2. L'effet suspensif	58
----------------------------	----

H) L'instance d'appel, le jugement et son exécution	58
---	----

1. Cas de confirmation	59
------------------------------	----

2. Cas d'infirmité	60
--------------------------	----

CHAPITRE II. — <i>Les recours extraordinaires contre les jugements d'avant dire droit</i>	61
<i>Section I. La tierce opposition</i>	61
<i>Section II. La Requête civile</i>	62
<i>Section III. Le pourvoi en Cassation</i>	65
CONCLUSION	69
BIBLIOGRAPHIE	71
